

A. I. N° - 278904.0020/16-6
AUTUADO - WAL MART BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01. 09. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0127-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, inclusive efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido. No tocante à parte impugnada, o próprio autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente a alegação defensiva e excluiu os valores indevidamente exigidos. Manteve acertadamente a exigência fiscal quanto às demais mercadorias. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, inclusive efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido. No tocante à parte impugnada, o próprio autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente a alegação defensiva e excluiu os valores indevidamente exigidos. Manteve acertadamente a exigência fiscal quanto às demais mercadorias. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. CREDITAMENTO EFETUADO EM VALOR SUPERIOR AO RECOLHIDO. Autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, inclusive efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido. No tocante à parte impugnada, o próprio autuante na Informação Fiscal acatou a alegação defensiva, no sentido de que o valor remanescente exigido corresponde ao pagamento realizado para quitação do ICMS antecipação parcial e Autos de Infração lavrados contra a empresa, o que gerou o direito ao crédito do imposto recolhido. Infração parcialmente subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Autuado elide a autuação comprovando que o imposto exigido já havia sido recolhido antes do início da ação fiscal. O próprio autuante na Informação Fiscal acatou acertadamente a alegação defensiva de improcedência da autuação. Infração insubsistente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, inclusive efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido. No tocante à parte impugnada, o próprio autuante na Informação

Fiscal acatou parcialmente a alegação defensiva e excluiu os valores indevidamente exigidos. Manteve a exigência fiscal quanto às demais mercadorias. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **4. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS.** Autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, inclusive efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido. No tocante à parte impugnada, o próprio autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente a alegação defensiva e excluiu os valores indevidamente exigidos. Manteve a exigência fiscal quanto às demais mercadorias. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, inclusive efetuou o pagamento do valor do débito reconhecido. No tocante à parte impugnada, a análise dos elementos acostados aos autos permite constatar que a exigência fiscal procede, haja vista que os valores lançados pelo autuado na apuração mensal do imposto foram considerados no levantamento levado a efeito pelo autuante. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$3.154.461,87, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$87.300,32, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.139.073,39, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, nos meses de setembro, outubro e dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$129.060,08, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao ICMS recolhido a título de Antecipação Parcial;
4. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$287.715,27, acrescido da multa de 60%;
5. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquotas diversas da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.349,14, acrescido da multa de 60%;
6. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos

meses de janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$466.245,30, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na apuração do imposto devido em operações de saídas de mercadorias tributadas destinadas a consumidor final;

7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de abril de 2012, agosto, novembro e dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.718,37, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 90 a 129). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Preliminarmente, argui a nulidade do lançamento por preterição ao direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude da ausência de comprovação. Alega que os princípios expressos no art. 2º do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 foram violados.

Esclarece que um dos requisitos para liquidez do auto de infração é a apresentação de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, através da apresentação minuciosa da descrição da infração e dos documentos que a comprove. Alega que ao não proceder desta forma, o autuante afronta os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, tudo em total afronta ao art. 39, VI, do RPAF.

Afirma que o autuante, no corpo do Auto de Infração, discorre que a comprovação da exigência tem por base um demonstrativo fiscal, no qual apresenta planilhas descritivas dos produtos fiscalizados, indicando o respectivo documento fiscal. Observa que, o autuante, embora mencione, não apresentou os documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo, portanto, se não apresentou as notas fiscais analisadas para a conclusão da infração, não logrou por comprovar a sua constatação, bem como os dados dispostos na planilha apresentada.

Frisa que se antecipando a alegação da dispensa da apresentação por se tratar de documento fiscal pertencente e de sua posse, é necessário reforçar que a apresentação dos documentos que respaldam a infração é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da Fiscalização. Diz que, desse modo, a planilha apresentada, mesmo que elaborada com dados do contribuinte, não é suficiente para ser utilizada como prova da infração.

Explica que, ausente à documentação fiscal mencionada no Auto de Infração fica prejudicada 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.

Assevera que tanto é verdade que o § 1º do art. 39 do RPAF, só excepciona as exigências meramente formais. Afirma que 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 dos documentos fiscais mencionados pelo autuante não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Nessa diretriz, pontua que o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) já se pronunciou, em caso análogo, no sentido de que apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital, não dispensa a Fiscalização de entregá-los também em via impressa, evitando-se, desta forma, quaisquer erros e equívocos nos valores apresentados, o que não foi observado pelo autuante, pois não apresentou as planilhas impressas em sua totalidade.

Alega que mesmo que tenha apresentado a chave de acesso, o que não é o caso dos autos, o autuante não estaria desobrigado de apresentar os documentos fiscais. Ou seja, deve a Fiscalização apresentar todos os documentos utilizados pelo Fisco para confecção da planilha ou

demonstrativo de crédito tributário. Reproduz decisão do TATE (ACÓRDÃO 1ª TJ Nº 0033/2014(12); 4ª TJ Nº 0045/2013 (07); 1ª TJ Nº 0031/2015(12)).

Salienta que a premissa de que o lançamento seria válido apenas com a apresentação do demonstrativo, sem anexar todos os documentos utilizados no levantamento fiscal, não é suficiente para conferir certeza e liquidez ao crédito tributário. Acrescenta que a liquidez, certeza e segurança jurídica só se perfazem com o levantamento de todos os dados necessários para respaldar a pretensão fiscal.

Aduz que essa falha demonstra que o levantado apresentado pela Fiscalização não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõe 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. Diz que da forma como foi apresentado o crédito tributário não é suficiente à caracterização do valor exigido e, conseqüentemente, não fornece segurança ao Auto de Infração, pois necessitaria o autuante, no mínimo, apresentar os documentos que lhe deu respaldo.

Alega que a simples menção de que a empresa deixou de recolher o ICMS, sem apresentar os documentos pertinentes, 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 da empresa, mas também do corpo julgador administrativo, em especial quando o raciocínio matemático aplicado sequer confirma o resultado apontado.

Acrescenta que se soma, ainda, o teor do 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.

Sustenta que resta claro na norma que o Auto de Infração, para ser válido, tem que ser claro, límpido, de modo tanto a provar o fato gerador, como correta e claramente tipificá-lo, sendo que qualquer ambigüidade o invalida.

Observa que para que se afaste por completo toda e qualquer confusão, e inexistam dúvidas, impõe-se demonstrar, cabalmente, o fato gerador que nada mais é do que a adequação do fato (desde que provado) à norma (art. 114 do CTN), e as respectivas base de cálculo e alíquota.

Alega que, apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato pretendido as normas tanto administrativas quanto constitucionais e infraconstitucionais, o Fisco assim não agiu, pois apresentou um débito sem os documentos correlatos, desprezando, com isso, o seu direito ao contraditório e ampla defesa constitucionalmente assegurado, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Salienta que no mesmo sentido está o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 [RPAF], que dispõe que são nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, o que, pelo visto, é exatamente o caso presente. Reproduz o referido artigo. Acrescenta que este é o entendimento do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia (CONSEF). Reproduz Acórdãos.

Conclusivamente, 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, pois, não se trata de meras incorreções ou omissões formais, mas sim de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento, sendo, por tais razões, evidente a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, relativamente à infração 1, afirma que é improcedente. Alega que entre os produtos listados pela Fiscalização há aqueles não inseridos no rol de mercadorias isentas. Tais como:

- período compreendido até 31/03/2012 (RICMS, Decreto nº 6.284/97): FUBA MIMOSO YOKI, FLOCAO SAO BRAZ, FUBA MIMOSO 6X500 GR, FARINHA MILHO, SAL MIRAMAR MOIDO, FLOCAO SAO BRAZ e FARINHA MILHO, são tributados com a alíquota de 7%, nos termos do art.

51, I, “a”, do RICMS (Decreto nº 6.284/97).

Diz que diante da tributação dos referidos produtos na aquisição, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal de aquisição de produto isento, isso porque os produtos não são isentos na saída do fornecedor e, por conseguinte, na saída do seu estabelecimento.

Observa que segundo a Fiscalização os produtos CRACHA PROMOTOR, DISPLAY, DISPLAY ARANDELA, DISPLAY DUCHA, DISPLAY RACK TV, DISPLAY P/ EXPOSICAO, DISPLAY RACK e DISPLAY PAPER, são beneficiadas com a isenção do ICMS, razão pela qual seria vedado o crédito fiscal de sua aquisição.

Esclarece que os citados produtos foram tributados na aquisição, não se enquadrando, portanto, no conceito de produtos isentos, como entendido pelo autuante, razão pela qual não procede a acusação fiscal.

Quanto ao produto AMENDOIM, o autuante o classifica como beneficiado com isenção, todavia, este produto não se encontra descrito no rol taxativo dos produtos isentos dispostos no RICMS, tanto na redação do art. 14 do Decreto nº 6.284/97, como na redação do art. 265 do Decreto nº 13.780/12.

Nesse contexto, afirma que a operação considerada isenta pelo Fisco é tributada normalmente pelo imposto, como assim procedeu com as aquisições (17%), gerando, por sua vez, o direito ao crédito fiscal delas decorrentes.

Assinala que não havendo como enquadrar os referidos produtos como beneficiados com a isenção, chega-se a conclusão de que os valores apresentados pelo autuante são improcedentes, já que o crédito fiscal é legítimo.

No tocante à infração 2, consigna que entre os produtos listados pela Fiscalização encontram-se aqueles não sujeito ao regime de antecipação tributária, uma vez que não fazem parte dos elencados no RICMS vigente à época dos períodos fiscalizados. São eles:

- AMENDOIM PETTIZ 500G, AMENDOIM SALG 750G, PISTACHE TOST E SALG e PISTACHE SALG 24X40G: os referidos produtos não estão incluídos no rol de produtos com antecipação do imposto.
- BARRA COCO LIGHT: embora sua base seja flocos de cereais, feito de farinha de trigo, este produto não está inserido no rol de produtos sujeitos a antecipação, como estão outros derivados da farinha de trigo (Anexo I, item 33.1, vigente de 01/04/12 A 31/12/12).

Afirma que não estando sujeito regime de antecipação tributária, não prospera a acusação de utilização indevida de crédito fiscal, posto que sujeito a tributação normal.

- CEREAL CHOCOLATE 42G:

Alega que para que o referido produto estivesse sujeito ao regime jurídico indicado pela Fiscalização, precisaria ser à base de farinha de trigo, o que não é o caso apontado, pois este é cereal a base de milho.

- KIT FEIJODA: afirma que o mesmo ocorre com o referido produto.

Observa que segundo o RICMS estão sujeitos à antecipação/substituição tributária “*os produtos comestíveis resultantes de gado bovino, bufalino e suíno em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque - 0201; 0202; 0203; 0206; 0209 e 0210*” (Anexo I, item 34 do RICMS/2012).

Diz que pela leitura do item 34 do Anexo I pode-se concluir que o texto é taxativo para o comércio de produtos individualizado resultante do abate de gado suíno e não em forma de kit, como no caso em questão.

Afirma que o KIT FEIJODA é composto por cortes suínos que não podem ser vendidos

separadamente. Em assim sendo, e não fazendo parte da descrição do RICMS, não poderia de tal modo ser enquadrado, mas sim em tributação normal.

Salienta que não se trata de venda de cortes suínos separadamente pela empresa, mas de um novo produto específico produzido pelo fornecedor e que revende, que não pode ser classificado com um produto resultante do abate de gado, mas um novo produto resultante do beneficiamento de cortes suínos resultantes do abate de gado. Diz que, consequentemente, sendo o KIT FEIJOADA tributado normalmente, não há razão para vedação ao crédito.

- NESCAFE DOLCE GUSTO: sustenta que não está sujeito a antecipação tributária, mas a tributação normal por se tratar de máquina para fazer café expresso.
- ITALIAN TIRAMISU: afirma ser uma sobremesa, a qual não está inserida no rol de produtos sujeito a antecipação tributária, portanto tem sua tributação normal pelo ICMS.
- ALKLIN BALDE P MOP, BALDE COM CESTO, ESTRADO MODULAR, KIT SAMS CAIXA MADEI, KIT CHOC CANECA, MM CREME DE AVELA, BRIGADEIRO DE COLHER: alega que por não estarem inseridos no rol de produtos sujeitos a antecipação tributária, mas sim a tributação normal, não poderia o Fisco vedar o crédito.
- FORMUL 80 COLUN: assinala que dentre todos os produtos elencados no item 27 do Anexo I do RICMS/2012 (papeleria), o indicado pela Fiscalização não faz jus a referida sistemática tributária e, assim sendo, passa a ser tributado normalmente pelo ICMS, gerando, por sua vez, crédito fiscal para a empresa.
- NESFIT FRUTAS e CORN FLAKES NESTL:

No que tange ao NESFIT FRUTAS, aponta que este não faz parte do grupo de produtos sujeitos a antecipação tributária (farinha de trigo), em virtude de sua composição, conforme pode ser verificado das informações contidas no site do fabricante NESTLE (doc. 03).

Já com relação ao produto CORN FLAKES NESTL diz que seu componente principal é a farinha de milho e não de trigo (doc. 03), ficando fora dos produtos sujeitos a antecipação.

- BLU RAY SONY: diz que o aparelho de vídeo não está incluído como sujeito a antecipação tributária, sendo, portanto, tributado normalmente pelo ICMS e gerador de crédito fiscal.

Conclusivamente, diz que não há dúvidas quanto à improcedência da exigência fiscal.

Relativamente à infração 3, afirma que os valores apontados pela fiscalização correspondem ao pagamento realizado para quitação do ICMS Antecipação Parcial e de Autos de Infração lavrados contra a empresa, o que, por sua vez, gera direito ao crédito do imposto recolhido.

Assegura que, em face disso, não há diferença de imposto a ser recolhida, uma vez que o valor apontado como lançado foi recolhido, conforme pode ser observado dos comprovantes que anexou (doc. 04). Neste sentido, apresenta a tabela abaixo:

Período	Valor Lançado	Composição do Valor Lançado	Valor Recolhido
Setembro/2013	R\$ 122.886,96	R\$ 101.681,78 + R\$ 21.205,18	R\$ 122.886,96
Outubro/2013	R\$ 169.743,87	R\$ 141.494,06 + 12.740,08 + R\$ 15.509,73	R\$ 169.743,87

Assevera que, dessa forma, não procede a exigência fiscal.

No respeitante à infração 4, sustenta que não procede, pelo simples fato de que promoveu o recolhimento do ICMS exigido e dentro do prazo concedido para tanto, conforme pode ser visualizado através das guias de arrecadação que anexou (doc. 05).

Afirma que, assim sendo, a infração é improcedente.

Relativamente à infração 5, alega que entre os produtos listados pela Fiscalização encontram-se aqueles que estão sujeitos à substituição tributária, no caso:

- DANONINHO: diz que a Fiscalização incorre em engano ao listar o referido produto, uma vez que sendo iogurte está sujeito ao regime de substituição tributária, cujo imposto é retido e recolhido pelo fornecedor.
- CD CDX GT567UX, CONJ DE TRAVESSAS e 3 TRAVESSAS: diz que no mesmo sentido está a tributação dos citados produtos, ou seja, estão sujeitos a sistemática da substituição tributária.
- TRAVESSEIRO: alega que segundo o RICMS/97 e RICMS/2012-BA o referido produto está sujeito ao regime de substituição:

Ressalta que ao analisar o Protocolo ICMS 190/2009 referido pela legislação estadual acima, verifica-se que a mercadoria autuada tem expressa previsão para se submeter à tal regime de tributação. Reproduz a redação do referido protocolo..

Afirma que o referido produto está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo dos estabelecimentos fornecedor.

Por essa razão, sustenta que não prospera a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS, posto que descabida a autuação e tributação à alíquota de 17% para o item acima descrito, devendo ser julgado, em mais este ponto, improcedente o Auto de Infração.

- LEITE NINHO e LEITE EM PÓ DESTANATADO E INTEGRAL:

Diz que segundo a acusação fiscal, teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite em pó, uma vez que utilizou a carga tributária diversa a que deveria ser (17%). Todavia, a exigência fiscal está de encontro ao consignado no RICMS, o qual prevê uma carga tributária de 7% para as operações com leite em pó, no período autuado.

Registra que, com base na legislação estadual, o CONSEF vem excluindo o crédito tributário exigido pelo Estado mediante aplicação de alíquota superior a prevista. Neste sentido, reproduz julgados do CONSEF.

Afirma que não havendo recolhimento a menos do ICMS por erro na aplicação da alíquota, chega-se a conclusão de que os valores apresentados pelo autuante são improcedentes, já que a carga tributária disposta na legislação estadual foi devidamente observada pela empresa.

- LEITE COTOCHES e LEITE BETANIA (leite longa vida):

Observa que segundo a fiscalização teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida.

Consigna que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/97) só permite a redução da base de cálculo para o leite longa vida produzido no Estado. Todavia, afirma que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, pois viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Acrescenta que, não bastasse, pelo art. 152, da CF/88 *“É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”*, sobre o qual, leciona o Prof. Pinto Ferreira, que *“torna inviável a discriminação entre contribuintes, pela prestação de serviços ou fornecimento do bem, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Tal proibição destina-se a impedir que os interesses regionais, estaduais ou locais prejudiquem o interesse nacional por meio de um tributo pesado e oneroso.”* (in A Constituição na Visão dos Tribunais, Ed. Saraiva, vol. II, p. 1049).

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

corrigida pelo órgão julgador.

Aduz que os fundamentos trazidos na autuação em nenhum momento infirmam o tratamento diferenciado conferido aos produtos advindos de fora do Estado, favorecendo o produzido internamente, em afronta ao art. 150, II e V, e art. 152, todos da Carta Magna, não havendo como ser mantida a autuação.

Argumenta que, em outras palavras, 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% de ICMS, enquanto o produtor local tem sua taxação reduzida a 7%.

Nesse sentido, afirma que 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?”.

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

Consigna que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário da Bahia que, confirmando a majoração da carga tributária, vem se posicionando pela improcedência da exigência de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida. Reproduz (Sentença proferida em 29/09/2015 pela MM Juíza da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador que, apreciando os Embargos à Execução 0346138-46.2014.8.05.0001; Sentença proferida em 25/08/2014 o MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda.).

Reproduz posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no mesmo sentido (TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário nº 00374807820118260114, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/09/2014, publicado em 10/09/2014; TJ-SP, Apelação / Reexame Necessário: 06023402520088260053, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 05/08/2013, publicado em 09/08/2013).

Acrescenta que a questão também já foi decidida pelo Superior Tribunal Federal (STF, ADI 3389 MC, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006, DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00068 RTJ VOL-00200-01 PP-00064 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 61-69 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 125-129). Ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto.

Registra 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.

Assinala 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 encontra-se pacificada pelos Tribunais, tanto Estaduais como os Superiores.

Diz que 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.

Salienta que o conflito se encontra estabelecido aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 152 e 155, II, § 2º, XII, “g”, da CF/88, o Decreto nº 7.826/2000 e o RICMS, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido no Estado de forma que a carga tributária corresponda a 7%.

Registra que os diplomas citados são incompatíveis entre si (antinomia). Tanto o são que o Poder

Judiciário já se posicionou a favor da impossibilidade de tratamento diferenciado para o mesmo produto, conforme decisões acima referidas.

Consigna que o renomado jurista Norberto Bobbio diz que antinomia é a “*situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.*” E acrescenta que “*as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade.*”

Assegura ser exatamente o caso em questão, pois enquanto a Constituição Federal permite uma tributação isonômica para operações internas e interestaduais, o Decreto Estadual proíbe, ficando restrito apenas as operações internas. 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. Além do mais, 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.

Frisa que 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.

Sustenta 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.

Assevera que o benefício concedido ao leite longa vida produzido no Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da origem.

Sustenta que, dessa forma, 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.

– FILE DE SARDINHA, FILE TILAPIA S/PELE e FILE TILAPIA PREMIUM:

Sustenta que não procede a exigência fiscal, pois, segundo o RICMS, as operações com pescado são isentas do imposto. Reproduz o artigo 87, XXXVI, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997 e o artigo 265, II, “e”, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2012.

Conclusivamente, diz que não há dúvidas da improcedência de toda a infração 5.

No que concerne à infração 6, afirma que mais uma vez, o Fisco incorre em equívocos.

– TRAVESSEIRO, LEITE INTEG COTOCHES, LEITE COTOCHES, LEITE PARMALAT, LEITE NINHO, LEITE NINHO INSTAN, LEITE BETANIA, LEITE INTEGRAL 200G, LEITE DESNATADO, LEITE MOLICO EM PO, NAN 1 PRO, NAN 2 PRO, NESTOGENO 1, NESTOGENO 2 E NINHO 1 PBIO1 FASES (leite longa vida e em pó):

Diz que conforme elencado no item anterior, há redução da base de cálculo para o leite em pó e o benefício concedido ao leite longa vida produzido no Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência. Razão pela qual, não procede a infração.

Nesse ponto o equívoco fiscal torna a exigência improcedente, tanto em razões de mérito, quanto por revelar cobrança em duplicidade do imposto.

– BACALHAU DESF DESSAL, BC BAC PORTO DESSALG, MM BAC PORTO DESSALG, LOMB BAC DES CON 2KG:

Ressalta que o primeiro ponto a ser esclarecido decorre do fato de que o produto é o bacalhau dessalgado (postas, desfiados e lombos), no qual a Impugnante não promove qualquer tipo de industrialização, adquirindo e comercializando o produto na forma dessalgada.

Aduz que desse ponto deflui o segundo, norteador da improcedência do lançamento fiscal, consistente no fato de que os pescados no Estado da Bahia são isentos do ICMS e de que o pescado listado pela fiscalização (dessalgado em postas, desfiados e lombos) não se enquadra dentro da exceção a regra de isenção (salgado), conforme ventilado no RICMS. Reproduz os artigos 87, XXXVI do RICMS/BA/97 e 265, II, “e” do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2012.

Assevera que o próprio autuante é quem comprova que o produto foge a regra da tributação, quando descreve o produto como sendo dessalgado. Ou seja, a mercadoria enquadra-se perfeitamente na regra estabelecida pelo RICMS, já que se trata de pescado, e este não é enlatado, cozido, seco ou salgado.

Observa que na norma não há qualquer referência à operação com pescado dessalgado. Acrescenta que este é o caso dos autos (bacalhau dessalgado). Registra que utilizando o mesmo raciocínio o CONSEF, em situação análoga, e com confirmação do Fisco, excluiu o bacalhau da tributação do ICMS. Colaciona jurisprudência do CONSEF, no caso os Acórdãos 0107-05/14 e 0038-06/14). Assinala que o Acórdão JF nº 0107-05/14, proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, foi confirmado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante o Acórdão CJF nº 0347-12/14.

Diz que diante das decisões acima referidas pode-se pensar “o caso das decisões é de redução de base de cálculo e o presente lançamento, isenção.” Alega, contudo, que são semelhantes. Pede que se verifique o que está descrito no RICMS.

Afirma que os casos citados (redução de base de cálculo de 100% - espécie de isenção total) é semelhante ao do presente Auto de Infração (isenção), já que ambos desoneram a operação do ICMS e possuem as mesmas regras de exceção que se aplicada apenas ao pescado salgado e não ao dessalgado, conforme atestado pelo CONSEF.

Alega que ao tributar o bacalhau dessalgado o Fisco está dando uma interpretação além da prevista na legislação, violando, por sua vez, o art. 110 do CTN, cuja redação transcreve.

Argumenta que não procede, em respeito à literalidade da norma (art. 111, II do CTN), cuja regra prevê que “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...) outorga de isenção.”

Diz que a Fiscalização não pode ir além do que fora dito na norma estadual, posto que em matéria tributária a interpretação é obrigatoriamente restritiva, de sobremaneira que, em não havendo hipótese expressa na legislação de que o bacalhau dessalgado não está contemplado com a isenção, não poderá o Fisco criar nova hipótese de tributação. Deve-se, portanto, aplicar/interpretar a norma estadual conforme ela é posta. E, nessa interpretação, o bacalhau dessalgado está isento do ICMS, já que, quando da saída (fato gerador do imposto), ele não era salgado, como quer fazer entender o autuante.

Consigna que à isenção não é uma “dádiva” da interpretação da Fiscalização, mas, como visto, um direito da empresa, legalmente previsto. Observa que neste sentido está o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça reproduzido (STJ, REsp 1114909/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 06/04/2010).

Sustenta que não procede a acusação fiscal, haja vista que o produto comercializado não foi o bacalhau salgado, mas sim o dessalgado ao ponto de preparo, ou melhor, ao ponto para o consumo e preparações de pratos com o pescado. Diz que, desse modo, o pescado (bacalhau dessalgado) está amparado pela redução total da base de cálculo e pela isenção do ICMS, por força da própria legislação estadual que não o inclui no rol de exceção à regra (art. 87, XXXVI do

RICMS/97 e art. 265, II, “e” do RICMS/2012).

Afirma que, dessa forma, não há justificativa para que seja mantida a exigência do tributo, posto que contraria o próprio RICMS.

No que tange à infração 7, sustenta que não procede a autuação, pois, conforme pode ser constatado dos documentos anexados, o ICMS diferencial de alíquota apurado foi devidamente recolhido (doc. 06).

Diz que, assim sendo, diante do recolhimento efetivado, improcede a exigência fiscal.

Prosseguindo alega a exorbitância da multa imposta.

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

Diz 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, alega que as penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor. Significa dizer que, longe de haver fraude ou dolo do contribuinte, seu procedimento – perpetrado com amparo na mais lúdima boa-fé – foi completamente amparado pela legislação de regência atual e vigente, de sorte que, não se podendo exigir comportamento contrário da empresa, não pode a mesma ser apenada por ter agido em estrito cumprimento do dever legal de seguir os regramentos de regência. Aduz que, 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.

No segundo ponto, diz 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. Consigna que por meio de tal dispositivo, a Constituição Federal 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.

Destaca que sobre a aplicação de tal princípio às multas fiscais, Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias”, ensina que “os critérios para a fixação das multas tributárias devem obedecer aos padrões do princípio da razoabilidade, isto é, devem levar em conta também se a situação ocorrida foi agravada com dolo ou culpa”.

Observa 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. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF. RE 91707 / MG. Segunda Turma: Min. Moreira Alves. DJ. 29.02.1980, p. 00975.), desde os idos de 1980, já entendia pela aplicabilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias, admitindo sua equitativa redução pelo magistrado.

Consigna que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeitos vinculantes e erga omnes), o Supremo Tribunal Federal (ADI 1075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24-11-2006 PP-00059 EMENT VOL-02257-01 PP-00156 RTJ VOL-00200-02 PP-00647 RDDT n. 139, 2007, p. 199-211 RDDT n. 137, 2007, p. 236-237; RE 523471 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-071 DIVULG

22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-05 PP-00915 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 203-209) 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.

Diz que, como não poderia ser diferente, o entendimento acima vertido vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios. Neste sentido, colaciona mais decisões (TJRN. AC 2007.000633-3. 2ª C. Cível. Rel. Desembargador Rafael Godeiro. j. 02/12/2008). Acrescenta que não poderia ser diferente, uma vez que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora. Em face disto, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável entre 20% e 30%.

Alega que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Registra que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Reproduz o art. 112, do CTN e acrescenta entendimento dos Tribunais Superiores (STF, RE nº. 90.143, Rel. Min. Soares Munoz, DJ de 16/03/79, p. 1825; STJ, RESP nº. 38.997-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/04/1995, p. 9.561).

Salienta que o direito está prenhe de certeza, contudo, 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 o Auto de Infração em lide.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a nulidade ou improcedência do Auto de Infração;
- sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.
- em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à 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 prestou Informação Fiscal (fls. 222/228). Inicialmente, registra que a auditoria foi executada de forma regulamentar com a devida ciência do ato fiscalizatório através de intimação da empresa autuada, relativo às suas movimentações efetuadas ao longo dos exercícios 2012 e 2013, conforme visto no termo de ciência acostado à folha 15 dos autos..

Afirma que as infrações foram devidamente caracterizadas, sendo possível determinar sua natureza, data da ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário, nos termos do que dispõe o citado art. 39 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e conforme verificado no demonstrativo de débito trazido entre as folhas 08 e 13 do PAF.

Acrescenta que o presente Auto de Infração traz a reprodução fiel dos fatos verificados, consubstanciados pelas informações necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido, razão pela qual repele toda e qualquer tentativa de desqualificar a auditoria afastando a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, uma vez descaracterizada a alegação de cerceamento de defesa pela própria impugnante ao trazer questionamentos recheados de informações detalhadas, colhidas da presente autuação.

No mérito, no que concerne à infração 1, diz que assiste razão ao autuado no que se refere às mercadorias FUBÁ, FLOCÃO, FARINHA DE MILHO E SAL MARINHO cuja entrada se deu até 31/03/2012 haja vista que somente após esta data, com o advento do Decreto nº 13.780/12, os mesmos passaram a ter suas operações de saídas não tributadas, bem como no que diz respeito

aos produtos DISPLAY e AMENDOIM cuja tributação se deu pelo regime normal no citado período.

Salienta que, desse modo, acatadas as razões defensivas relativas aos citados produtos, foi feito o demonstrativo de débito, resultando no montante de valor histórico devido do ICMS, conforme demonstrativo anexado.

No tocante à Infração 2, afirma que carecem de sustentação as alegações do autuado em relação aos produtos AMENDOIM PETTIZ, AMENDOIM SALGADO, PISTACHE TOSTADO E SALGADO, sujeitos ao regime de substituição tributária, nos termos do disposto no item 38 do anexo 01 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, conforme atestam as respectivas NCMs informadas no SPED/EFD e o tratamento tributário nas operações de saídas dado pelo próprio autuado.

Quanto aos demais itens questionados pelo impugnante, no caso BARRA DE CÔCO LIGHT, CEREAL CHOCOLATE, KIT FEIJOADA, NESCAFÉ DOLCE GUSTO, ITALIAN TIRAMISU, BALDE TIPO MOP, BALDE COM CESTO, ESTRADO MODULAR, KIT SAMS, MM CREME DE AVELÃ, BRIGADEIRO DE COLHER, FORMUL 80 COLUN, NESFIT FRUTAS E CORN FLAKES e BLUE RAY SONY, informa que foram identificados e retirados do rol de créditos indevidos por não se tratarem de produtos sujeitos ao regime de substituição, restando um valor total do ICMS devido, conforme visto no demonstrativo anexado.

No tocante à infração 3, diz que assiste razão à autuada no que concerne aos valores recolhidos a título de antecipação, todavia, ressalta que parte destes recolhimentos foi realizada por meio de Auto de Infração cujos códigos de receita diverso, bem como não foram informados oportunamente pela empresa, o que não permitiu sua contabilização quando do levantamento realizado pela auditoria, remanescendo um valor devido a título do ICMS, conforme reconhecido e recolhido pela empresa, e demonstrado em anexo.

Quanto à infração de número 4, diz que, de fato, restou comprovado que os valores levantados pela auditoria foram objeto de recolhimento a título de ICMS Normal no exercício de 2013, razão pela qual seria improcedente a infração em questão, conforme demonstrativo anexado.

Quanto à infração 5, diz que restou comprovado ser indevida a exigência do imposto em relação a uma pequena parte dos mesmos, a exemplo de TRAVESSEIROS e FILÉ DE TILÁPIA, por serem de fato, sujeitos ao regime de substituição tributária e isenção, respectivamente.

Assevera que não é cabível, no entanto, a pretendida extensão do tratamento dado aos produtos cujo similar produzido no Estado da Bahia goza de benefício de redução em sua base de cálculo, a exemplo dos produtos LEITE EM PÓ e LEITE LONGA VIDA, de tal forma que remanesceu um saldo histórico devido a título do ICMS, conforme demonstrativo anexado.

Relativamente à infração 6, diz que diferentemente do observado na infração anterior, não cabe razão ao autuado em nenhum dos produtos apontados, uma vez que na auditoria apenas foram exigidas as diferenças do ICMS recolhido a menos nas saídas de LEITE NINHO, mesmo considerando-se a redução da base de cálculo prevista no RICMS.

Afirma que o LEITE LONGA VIDA produzido fora do Estado da Bahia não se encontrava contemplado pelo benefício da redução de base de cálculo uma vez que não havia, à época, previsão legal para tanto, não sendo cabível a discussão sobre a pertinência da legislação em vigor, pretendida pela autuada, restando tão somente, por dever de ofício, a sua aplicação.

Assevera que, de igual forma, não se aplica o benefício da redução de base de cálculo para os produtos NESTOGENO E NAN por se tratarem de leite modificado.

Sustenta, também, que não seria cabível a isenção pretendida para a mercadoria BACALHAU DESSALGADO, uma vez que, muito embora sendo originalmente um pescado, não se trata de um produto *in natura*, razão pela qual remanesceu o débito em seu valor histórico integral, conforme demonstrativo anexado.

Quanto à infração 7, observa que o autuado se limita a argumentar terem sido calculados e recolhidos de forma correta os valores do ICMS devido a título de diferencial de alíquota, apensando relatórios que contemplam os valores já reconhecidos pela auditoria, não demonstrando onde estaria a inconsistência dos valores reclamados, pelo que remanesce o valor histórico integral, conforme demonstrativo anexo.

No tocante às multas impostas, diz que, por dever de ofício, tem fulcro na legislação vigente aplicável às operações de movimentação de mercadorias sujeitas à tributação do ICMS, não cabendo na auditoria discussões acerca de sua pertinência ou proporcionalidade.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, de forma que sejam julgadas integralmente procedentes as infrações 6 e 7, parcialmente procedente as infrações 1, 2, 3 e 5, bem como improcedente a infração 4, resultando no valor histórico devido a título do ICMS de R\$2.803.470,27, conforme demonstrativo que apresenta abaixo reproduzido:

ANEXO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

INFR.	VL HISTÓRICO AUTUADO	VL HISTÓRICO RECOLHIDO	VL HISTÓRICO DEVIDO
01	87.300,32	85.650,18	85.888,20
02	2.139.073,39	2.100.231,60	2.127.468,71
03	129.060,08	80.479,48	80.479,48
04	287.715,27	0,00	0,00
05	18.349,14	17.631,94	16.670,21
06	466.245,30	404.907,72	466.245,30
07	26.718,37	8.391,94	26.718,37
Total	3.154.461,87	2.697.292,86	2.803.470,27

O autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls. 263/286). Reitera os termos da nulidade arguida.

No mérito, no tocante à infração 1, registra que no prazo impugnatório promoveu o recolhimento do ICMS exigido no valor de R\$ 85.650,18.

Assinala que o autuante após acatar os argumentos defensivos excluiu do lançamento os produtos FUBÁ, FLOCÃO, FARINHA DE MILHO, SAL MARINHO, DISPLAY e AMENDOIM, mantendo a acusação fiscal para CRACHA PROMOTOR e POLPA CACAU, no valor de R\$ 238,02.

Quanto aos produtos CRACHA PROMOTOR e POLPA CACAU, diz que o autuante deixou de observar que foram tributados na aquisição, ou seja, a tributação ocorreu pelo regime normal, não se enquadrando, portanto, no conceito de produtos isentos, razão pela qual, não procede a acusação fiscal.

Quanto à infração 2, esclarece que no prazo impugnatório promoveu o recolhimento do ICMS exigido no valor de R\$ 2.100.231,60.

Consigna que após a análise fiscal, o autuante acatando o argumento defensivo de que os produtos listados não estão sujeitos ao regime de antecipação tributária, excluiu da acusação fiscal a BARRA COCO LIGHT, CEREAL CHOCOLATE 42G, KIT FEIJOADA, NESCAFE DOLCE GUSTO, ITALIAN TIRAMISU, ALKLIN BALDE P MOP, BALDE COM CESTO, ESTRADO MODULAR, KIT SAMS CAIXA MADEI, KIT CHOC CANECA, MM CREME DE AVELA, BRIGADEIRO DE COLHER, FORMUL 80 COLUN, NESFIT FRUTAS, CORN FLAKES NESTL e BLU RAY SONY.

Contudo, manteve a infração com relação aos produtos AMENDOIM PETTIZ 500G, AMENDOIM SALG 750G, PISTACHE TOST E SALG e PISTACHE SALG 24X40G, no valor de R\$ 27.237,11, uma vez que deixou de observar que não estão incluídos no rol de produtos com antecipação do imposto, o que torna improcedente a infração.

No que concerne à infração 3, esclarece que no prazo impugnatório promoveu o recolhimento do ICMS exigido no valor de R\$ 80.479,48.

Observa que na Informação Fiscal o autuante acatou as razões defensivas, confirmando que o valor exigido corresponde ao pagamento realizado para quitação do ICMS antecipação parcial e

de Autos de Infração lavrados contra a empresa, o que, por sua vez, gera direito ao crédito do imposto recolhido.

Salienta que, nesse contexto, o autuante confirmou que não há diferença de imposto a ser recolhida, uma vez que o valor apontado como lançado foi recolhido, portanto, confirmando a improcedência da exigência fiscal.

No respeitante à infração 4, consigna que o autuante, em sua Informação Fiscal, pugna pela improcedência da infração, uma vez que *“restou comprovado que os valores levantados pela auditoria foram objeto de recolhimento a título de ICMS Normal no exercício de 2013, razão pela qual seria improcedente a infração em questão.”*

Diz que, dessa forma, inevitável é a declaração da improcedência da autuação.

Quanto à infração 5, diz que no prazo impugnatório promoveu o recolhimento do ICMS exigido no valor de R\$ 17.631,94.

Observa que na Informação Fiscal, concordando com os argumentos defensivos, o autuante excluiu do lançamento os produtos TRAVESSEIROS e FILÉ DE TILÁPIA. Alega, contudo, que entre os produtos listados pela Fiscalização encontram-se aqueles que estão sujeitos à substituição tributária, conforme abaixo:.

- DANONINHO: diz que incorre em engano o Fisco ao listar o referido produto, uma vez que sendo iogurte está sujeito ao regime de substituição tributária, cujo imposto é retido e recolhido pelo fornecedor;
- CD CDX GT567UX, CONJ DE TRAVESSAS e 3 TRAVESSAS: diz que no mesmo sentido está a tributação dos citados produtos, ou seja, estão sujeitos a sistemática da substituição tributária;
- LEITE NINHO e LEITE EM PÓ DESTANATADO E INTEGRAL: diz que, segundo a acusação fiscal, a empresa teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite em pó, uma vez que utilizou a carga tributária diversa a que deveria ser (17%).

Observa que em sua Informação Fiscal o autuante afirma que a redução da base de cálculo só seria destinada para o produto produzido no Estado da Bahia.

Assevera que, todavia, a exigência fiscal está de encontro ao consignado no RICMS, o qual prevê uma carga tributária de 7% para as operações internas com leite em pó, sem impor qualquer restrição a somente aquele produzido no Estado. Reproduz os arts. 87, XXXVI do Decreto nº 6.284/1997 e 265, II, “e” do Decreto nº 13.780/2012, bem como decisões do CONSEF.

Salienta que com base na legislação estadual, o CONSEF vem excluindo o crédito tributário exigido pelo Estado mediante aplicação de alíquota superior a prevista. Afirma que não havendo recolhimento a menos do ICMS por erro na aplicação da alíquota, chega-se a conclusão de que os valores apresentados pelo autuante são improcedentes, já que a carga tributária disposta na legislação estadual foi devidamente observada pela empresa.

- LEITE COTOCHES e LEITE BETANIA (leite longa vida), reitera os termos aduzidos na Defesa vestibular. Requer a improcedência da exigência fiscal, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afrontando os 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.
- SARDINHA (SARDINHA EVIS S/ CAB): reitera os argumentos apresentados na Defesa inicial. Afirma que não há dúvidas, portanto, da improcedência de toda a acusação fiscal.

Relativamente à infração 6, consigna que no prazo impugnatório promoveu o recolhimento do ICMS exigido no valor de R\$404.907,72.

Alega que na Informação Fiscal o autuante manteve a autuação, apesar de improcedente.

- TRAVESSEIRO – diz que segundo o RICMS/97 e RICMS/BA/12, está sujeito ao regime de substituição tributária, consoante o art. 353, II e 41, Anexo I, 15.3. Sustenta que este produto está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo do estabelecimento fornecedor. Diz que, por esta razão, não prospera a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS, posto que descabida a autuação e tributação à alíquota de 17% para o item acima descrito, devendo ser julgado, em mais este ponto, improcedente.
- LEITE EM PÓ e LEITE LONGA VIDA (LEITE INTEG COTOCHES, LEITE COTOCHES, LEITE PARMALAT, LEITE NINHO, LEITE NINHO INSTAN, LEITE BETANIA, LEITE INTEGRAL 200G, LEITE DESNATADO, LEITE MOLICO EM PO, NAN 1 PRO, NAN 2 PRO, NESTOGENO 1, NESTOGENO 2 E NINHO 1 PBIO1 FASES) – diz que têm redução da base de cálculo para o leite em pó e o benefício concedido ao leite longa vida produzido no Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência, razão pela qual, não procede a infração;
- BACALHAU DESF DESSAL, BC BAC PORTO DESSALG, MM BAC PORTO DESSALG, LOMB BAC DES CON 2KG – diz que o primeiro ponto a ser esclarecido decorre do fato de que o produto é o bacalhau dessalgado (postas, desfiados e lombos), sendo que não promove qualquer tipo de industrialização, adquirindo e comercializando o produto na forma dessalgada. O segundo ponto norteador da improcedência da exigência consiste no fato de que os pescados no Estado da Bahia são isentos do ICMS e de que o pescado listado pela Fiscalização (dessalgado em postas, desfiados e lombos) não se enquadra na exceção a regra de isenção (salgado), conforme ventilado no RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, vigente até 31/03/2012, e RICMS/12, Decreto nº 13.780/2012, vigente a partir de 01/04/2012. Consigna que quem comprova que o produto foge a regra de tributação é o próprio autuante, quando descreve o produto como sendo dessalgado. Ou seja, enquadra-se perfeitamente na regra estabelecida pelo RICMS, já que se trata de pescado, e este não é enlatado, cozido seco ou salgado. Salienta que na norma não há qualquer referência à operação com pescado dessalgado, sendo este o caso dos autos (bacalhau dessalgado). Registra que o CONSEF, utilizando o mesmo raciocínio, em situação análoga, e com confirmação do Fisco, excluiu o bacalhau da tributação do ICMS. Assinala que o Acórdão JJF nº 0107-05/14, proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, foi confirmado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0347-12/14.

Conclui que não justificativa para que seja mantida a exigência do tributo, posto que contraria o próprio RICMS.

Quanto à infração 7, registra que no prazo impugnatório promoveu o recolhimento do ICMS exigido no valor de R\$8.391,94.

Quanto à parte impugnada, alega que, apesar de comprovar que o ICMS diferencial de alíquotas apurado fora devidamente recolhido, conforme os documentos apresentados (doc. 06 da Impugnação), o autuante o desconsiderou sem qualquer justificativa plausível, sendo improcedente a exigência fiscal.

Reitera a arguição de exorbitância da multa imposta. Diz que duas as razões afastam a possibilidade de aplicação de multa no patamar de 60%: (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, diz que cediço é que penalidades de tal jaez dependem da demonstração, a cargo do Fisco, do flagrante intuito de fraude, completamente inexistente no caso em tela, em que, reitere-se, discute-se a possibilidade de gozo de benefício fiscal legalmente instituído e em vigor. 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.

Quanto ao segundo ponto, diz que se percebe 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.

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

Como consequência disso, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável, conforme consignado nos precedentes citados na Impugnação entre 20% e 30%.

Finaliza a Manifestação reiterando os termos da defesa inicial e, notadamente o pedido de improcedência da autuação, bem como da homologação do recolhido parcial realizado.

O autuante cientificado da Manifestação do autuado se pronunciou (fl.289) reiterando os termos da Informação Fiscal de fls. 222 a 259.

Constam extratos do Sistema de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, acostados às fls. 293 a 305, referentes ao pagamento do valor do débito reconhecido pelo autuado.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de sete infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade arguida pelo impugnante. Verifico que inexistente no lançamento em lide qualquer vício ou falha que o inquene de nulidade. O devido processo legal foi observado, inclusive o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte rigorosamente respeitado, já que as infrações se encontram descritas claramente, sendo possível se identificar os fatos que ensejaram a autuação, o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. Ademais, todos os elementos elaborados pela Fiscalização – planilhas, demonstrativos, mídia magnética contendo os referidos documentos, etc. – foram entregues ao autuado, conforme comprovante acostado aos autos.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.

No mérito, relativamente à infração 1, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, sendo exigido ICMS no valor de R\$87.300,32.

O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, tendo efetuado o recolhimento do débito reconhecido no valor de R\$85.650,18.

Na Defesa vestibular o autuado alegou que descabia a exigência fiscal quanto às mercadorias FUBÁ, FLOCÃO, FARINHA DE MILHO, SAL MARINHO, DISPLAY, AMENDOIM, CRACHÁ PROMOTOR e POLPA DE CACAU, por não se tratar de mercadorias inseridas no rol de mercadorias isentas. O autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente a alegação defensiva, excluindo os valores atinentes às mercadorias aduzidas pelo impugnante, exceto quanto às mercadorias CRACHÁ PROMOTOR e POLPA DE CACAU.

O impugnante em sua Manifestação consignou o seu inconformismo quanto à manutenção da exigência, reiterando que as mercadorias CRACHÁ PROMOTOR e POLPA DE CACAU foram tributadas na aquisição, ou seja, a tributação ocorreu pelo regime normal, não se enquadrando, portanto, no conceito de mercadorias isentas.

Conforme se verifica a discussão remanesce apenas quanto às mercadorias CRACHÁ PROMOTOR e POLPA DE CACAU.

Constato que assiste razão ao autuante quanto à manutenção da exigência fiscal. Efetivamente,

descabe o creditamento levado a efeito pelo autuado quanto a estes dois itens de mercadorias, haja vista que não têm as suas saídas tributadas. As saídas de POLPA DE CACAU são amparadas pela isenção prevista no RICMS/BA/97 e RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12. Já o CRACHÁ PROMOTOR não tem a sua saída tributada, condição indispensável para apropriação do crédito, salvo a existência de regra de manutenção de crédito, o que não é o caso.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$85.888,20, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante de fls. 230 a 235.

No tocante à infração 2, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.139.073,39.

O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, tendo efetuado o recolhimento do débito reconhecido no valor de R\$2.100.231,60.

Na Defesa vestibular o autuado alegou que as mercadorias BARRA COCO LIGHT, CEREAL CHOCOLATE 42G, KIT FEIJONADA, NESCAFE DOLCE GUSTO, ITALIAN TIRAMISU, ALKLIN BALDE P MOP, BALDE COM CESTO, ESTRADO MODULAR, KIT SAMS CAIXA MADEI, KIT CHOC CANECA, MM CREME DE AVELA, BRIGADEIRO DE COLHER, FORMUL 80 COLUN, NESFIT FRUTAS, CORN FLAKES NESTL E BLU RAY SONY, não estão sujeitas ao regime de antecipação tributária, alegação esta acertadamente acatada pelo autuante que excluiu da exigência os valores atinentes a estas mercadorias. Alegou também o autuado que as mercadorias AMENDOIM PETTIZ 500G, PISTACHE TOST E SALG e PISTACHE SALG 24/X40G não estão incluídas no rol das mercadorias sujeitas à antecipação do imposto, alegação esta que não foi acatada corretamente pelo autuante que manteve a exigência fiscal quanto a estas mercadorias.

Considero que assiste razão ao autuante ao manter a glosa do crédito fiscal referente a estas mercadorias. De fato, trata-se de salgados que estão sob o regime de substituição tributária por antecipação, portanto, sendo indevido o creditamento efetuado pelo autuado.

Dessa forma, a infração 2 é parcialmente subsistente no valor de R\$2.127.468,71, conforme novos demonstrativos elaborados pelo autuante de fls. 237 a 242.

No respeitante à infração 3, a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal em valor superior ao ICMS recolhido a título de Antecipação Parcial, sendo exigido ICMS no valor de R\$129.060,08.

O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, tendo efetuado o recolhimento do débito reconhecido no valor de R\$80.479,48.

O autuante na Informação Fiscal acatou a alegação defensiva, no sentido de que o valor remanescente exigido corresponde ao pagamento realizado para quitação do ICMS antecipação parcial e Autos de Infração lavrados contra a empresa.

No presente caso, restou comprovado que assiste razão ao autuado quanto ao descabimento da exigência da parcela remanescente objeto de impugnação, conforme reconhecido pelo próprio autuante, haja vista que o referido valor corresponde ao pagamento realizado pelo autuado para quitação do ICMS antecipação parcial e Autos de Infração lavrados contra a empresa, o que gerou o direito ao crédito do imposto recolhido.

Diante disso, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$80.479,48, conforme novo demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 244.

Quanto à infração 4, a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo exigido ICMS no valor de R\$287.715,27.

O próprio autuante na Informação Fiscal acatou acertadamente a alegação defensiva de improcedência da autuação, tendo em vista que o autuado comprovou que os valores exigidos já

havia sido recolhidos a título de ICMS normal no exercício de 2013.

Diante disso, esta infração é insubsistente.

No tocante à infração 5, a acusação fiscal é que o autuado recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquotas diversas da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.349,14.

O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, tendo efetuado o recolhimento do débito reconhecido no valor de R\$17.631,94. Consigna que na Informação Fiscal o autuante concordando com os seus argumentos excluiu da exigência fiscal os valores atinentes às mercadorias TRAVESSEIROS e FILÉ DE TILÁPIA. Alega, no entanto, que entre as mercadorias listadas pelo autuante encontram-se aquelas sujeitas à substituição tributária, no caso DANONINHO, CD CDX GT567UX, CONJ DE TRAVESSAS e 3 TRAVESSAS.

Assiste razão ao autuante quanto à manutenção da exigência referente a essas mercadorias, haja vista que o DANONINHO não se encontra sob o regime de substituição tributária, conforme alegado pelo impugnante, considerando que não se trata de iogurte, assim como às mercadorias CD CDX GT567UX, CONJ DE TRAVESSAS E 3 TRAVESSAS, também não estão sob o regime de substituição tributária, portanto, sendo correta a exigência fiscal.

Alega ainda o autuado que a exigência fiscal atinente às mercadorias LEITE NINHO e LEITE EM PÓ DESNATADO E INTEGRAL está de encontro ao consignado no RICMS/BA, o qual prevê uma carga tributária de 7% para as operações internas com leite em pó, sem impor qualquer restrição a somente aquele produzido no Estado da Bahia, consoante o art. 87, XXI, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, vigente até 31/03/2012 e o art. 268, XXV, do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, vigente a partir de 01/04/2012.

Afirma que não havendo recolhimento a menos do ICMS por erro na aplicação da alíquota, conclui-se que os valores apresentados pelo autuante são improcedentes, já que a carga tributária disposta na legislação estadual foi devidamente observada.

Assiste razão ao autuado. De fato, as operações com as mercadorias LEITE NINHO e LEITE EM PÓ DESNATADO E INTEGRAL estão amparadas pela redução da base de cálculo prevista no art. 87, XXI, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente até 31/03/2012 e o art. 268, XXV, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, vigente a partir de 01/04/2012, inexistindo qualquer restrição quanto à sua origem, que passou a ocorrer apenas a partir de janeiro de 2014.

Diante disso, descabe a exigência fiscal atinente ao LEITE NINHO e LEITE EM PÓ DESNATADO E INTEGRAL, portanto, cabendo à exclusão dos valores exigidos correspondentes a estas mercadorias constantes do demonstrativo elaborado pelo autuante, totalizando o valor excluído R\$182,69.

O autuado sustenta também que improcede a exigência quanto ao leite longa vida, LEITE COTOCHES e LEITE BETANIA, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afrontando os artigos 1º, 5º, 150, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta Magna, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

O inconformismo do autuado diz respeito à limitação imposta pela legislação do ICMS do Estado da Bahia, no sentido de que a redução da base de cálculo é aplicável exclusivamente ao leite longa vida fabricado neste Estado.

Cumprе consignar que se trata de matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, sendo indubitoso que, nos termos da legislação posta, o benefício de redução da base de cálculo alcança exclusivamente o “leite longa vida” fabricado no Estado da Bahia. Inúmeras são as decisões deste CONSEF neste sentido. As questões aduzidas pelo impugnante atinentes à inconstitucionalidade e ilegalidade não podem ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, haja vista a vedação expressa neste sentido, consoante o art. 167, I, II, do RPAF/99.

Dessa forma, correta a exigência fiscal no que tange ao leite longa vida.

Diante do exposto, com a exclusão, de ofício, dos valores exigidos referentes ao LEITE NINHO, LEITE EM PÓ DESNATADO E INTEGRAL, e considerando as exclusões efetuadas pelo autuante quando da Informação Fiscal, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$16.487,52, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. REDUZIDO-INF. FISCAL (FL. 246/251)	VLR. EXCLUÍDO-JULG.	VLR. REMANEC.-APÓS JULG. JJJF
JANEIRO-2012	465,75	366,59	0,00	366,59
FEVEREIRO-2012	449,29	322,42	19,17	303,25
MARÇO-2012	214,11	159,23	14,51	144,72
ABRIL-2012	237,74	157,51	8,28	149,23
MAIO-2012	333,75	281,41	17,65	263,76
JUNHO-2012	391,03	349,11	25,15	323,96
JULHO-2012	452,71	413,23	14,24	398,99
AGOSTO-2012	570,17	532,67	62,92	469,75
SETEMBRO-2012	460,08	397,92	16,18	381,74
OUTUBRO-2012	619,53	576,08	0,00	576,08
NOVEMBRO-2012	481,19	424,48	0,00	424,48
DEZEMBRO-2012	576,52	560,74	0,00	560,74
JANEIRO-2013	578,65	517,52	0,47	517,05
FEVEREIRO-2013	519,75	484,52	1,01	483,51
MARÇO-2013	639,63	546,65	0,00	546,65
ABRIL-2013	3.441,06	3.400,32	0,00	3.400,32
MAIO-2013	2.271,07	2.163,25	0,00	2.163,25
JUNHO-2013	2.263,03	2.218,24	0,00	2.218,24
JULHO-2013	511,89	494,69	3,11	491,58
AGOSTO-2013	439,59	418,20	0,00	418,20
SETEMBRO-2013	671,82	349,81	0,00	349,81
OUTUBRO-2013	329,63	315,10	0,00	315,10
NOVEMBRO-2013	297,39	163,30	0,00	163,30
DEZEMBRO-2013	1.133,76	1.057,22	0,00	1.057,22
TOTAL	18.349,14	16.670,21	182,69	16.487,52

No que concerne à infração 6, a acusação fiscal é de que o autuado recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no caso recolhimento do imposto em razão de erro na apuração em operações de saídas de mercadorias tributadas destinadas a consumidor final, sendo exigido ICMS no valor de R\$466.245,30.

O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, tendo efetuado o recolhimento do débito reconhecido no valor de R\$404.907,72.

Alega o autuado que na Informação Fiscal o autuante manteve a autuação, apesar de improcedente. Afirma que o produto TRAVESSEIRO, segundo o RICMS/97 e RICMS/BA/12, está sujeito ao regime de substituição tributária, consoante o art. 353, II e 41, Anexo I, 15.3. Sustenta que este produto está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo do estabelecimento fornecedor. Diz que, por esta razão, não prospera a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS, posto que descabida a autuação e tributação à alíquota de 17% para o item acima descrito, devendo ser julgado, em mais este ponto, improcedente.

Quanto ao TRAVESSEIRO, de fato, assiste razão ao autuado. Trata-se de mercadoria que se encontra sob o regime de substituição tributária, sendo, desse modo, as operações de saídas internas com a referida mercadoria realizadas com a fase de tributação encerrada.

Assim sendo, descabe a exigência fiscal atinente ao produto TRAVESSEIRO, portanto, cabendo à exclusão dos valores exigidos correspondentes a estas mercadorias constantes do demonstrativo elaborado pelo autuante, totalizando o valor excluído deste produto R\$15.807,41.

O impugnante alega que as mercadorias LEITE EM PÓ e LEITE LONGA VIDA (LEITE INTEG COTOCHES, LEITE COTOCHES, LEITE PARMALAT, LEITE NINHO, LEITE NINHO INSTAN, LEITE BETANIA, LEITE INTEGRAL 200G, LEITE DESNATADO, LEITE MOLICO EM PO, NAN 1 PRO, NAN 2 PRO, NESTOGENO 1, NESTOGENO 2 E NINHO 1 PBIO1 FASES) têm redução da base de cálculo para

o leite em pó e o benefício concedido ao leite longa vida produzido no Estado da Bahia deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência, razão pela qual, não procede a infração.

No que tange ao LEITE EM PÓ, conforme consignado pelo autuante e consta na planilha que elaborou, não assiste razão ao impugnante, uma vez que na auditoria realizada apenas foram exigidas as diferenças do ICMS recolhido a menos nas saídas de LEITE NINHO, *mesmo considerando-se a redução na base de cálculo prevista no RICMS*. Desse modo, fica mantida a exigência.

Quanto aos produtos NESTOGENO e NAN, considerando que não se trata de leite em pó, mas sim de leite modificado, a exigência fiscal se apresenta correta.

No tocante ao LEITE LONGA VIDA, conforme já analisado na infração anterior, o benefício de redução da base de cálculo previsto no RICMS/BA alcança exclusivamente o leite longa vida fabricado no Estado da Bahia, falecendo competência a este órgão julgador administrativo apreciar as questões aduzidas pelo impugnante atinentes à inconstitucionalidade e ilegalidade da norma.

O autuado sustenta que improcede a exigência quanto ao produto BACALHAU DESF DESSAL, BC BAC PORTO DESSALG, MM BAC PORTO DESSALG, LOMB BAC DES CON 2KG, pois não promove qualquer tipo de industrialização, adquirindo e comercializando o produto na forma dessalgada.

Alega que o ponto norteador da improcedência da exigência consiste no fato de que os pescados no Estado da Bahia são isentos do ICMS e de que o pescado listado pela Fiscalização (dessalgado em postas, desfiados e lombos) não se enquadra dentro da exceção a regra de isenção (salgado), conforme ventilado no RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, vigente até 31/03/2012, e RICMS/12, Decreto nº 13.780/2012, vigente a partir de 01/04/2012. Registra que o CONSEF, utilizando o mesmo raciocínio, em situação análoga, e com confirmação do Fisco, excluiu o bacalhau da tributação do ICMS. Assinala que o Acórdão JF nº 0107-05/14, proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, foi confirmado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0347-12/14.

No caso do BACALHAU DESF DESSAL, BC BAC PORTO DESSALG, MM BAC PORTO DESSALG, LOMB BAC DES CON 2KG não assiste razão ao autuado, haja vista que não se encontra amparado pela isenção prevista no RICMS/BA, conforme alegado.

Dessa forma, correta a manutenção da exigência fiscal quanto ao bacalhau dessalgado.

Diante do exposto, com a exclusão, de ofício, dos valores exigidos referentes ao produto TRAVESSEIRO, e considerando as exclusões efetuadas pelo autuante quando da Informação Fiscal, esta infração é parcialmente subsistente no valor de R\$450.807,41, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. LANÇADO	VLR. EXCLUÍDO- JULG.	VLR. REMANEC.- APÓS JULG. JF
JANEIRO-2012	33.669,11	1.569,72	32.099,39
FEVEREIRO-2012	30.470,28	1.508,54	28.961,74
MARÇO-2012	29.010,99	1.649,29	27.361,70
ABRIL-2012	113.908,20	1.272,30	112.635,90
MAIO-2012	29.729,27	1.177,84	28.551,43
JUNHO-2012	28.786,43	1.795,15	26.991,28
JULHO-2012	32.736,55	1.744,64	30.991,91
AGOSTO-2012	31.316,83	1.201,31	30.115,52
SETEMBRO-2012	23.224,78	1.116,37	22.108,41
OUTUBRO-2012	29.446,25	477,48	28.968,77
NOVEMBRO-2012	48.765,51	654,21	48.111,30
DEZEMBRO-2012	35.181,10	1.271,04	33.910,06
TOTAL	466.245,30	15.437,89	450.807,41

No respeitante à infração 7, acusação fiscal de que cuida esta infração diz respeito à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.718,37.

O autuado reconheceu parcialmente o cometimento da infração, tendo efetuado o recolhimento do débito reconhecido no valor de R\$8.391,94.

Quanto à parte impugnada, alega que, apesar de comprovar que o ICMS diferencial de alíquotas apurado fora devidamente recolhido, conforme os documentos apresentados (doc. 06 da Impugnação), o autuante o desconsiderou sem qualquer justificativa plausível, sendo im procedente a exigência fiscal.

O autuante contesta a alegação defensiva e mantém a autuação. Afirma que o autuado se limita a argumentar que calculou e recolheu corretamente os valores do ICMS referente à diferença de alíquotas, colacionando aos autos relatórios que contemplam os valores que foram reconhecidos pela auditoria, não demonstrando onde estaria a inconsistência dos valores exigidos.

A análise dos elementos acostados aos autos atinentes a esta infração, tanto pelo autuante como pelo autuado, permite constatar que a exigência fiscal procede. Isto porque, verifica-se nos demonstrativos elaborados pela Fiscalização (fls. 72 a 76 dos autos), que os valores lançados pelo autuado na apuração mensal do imposto devido foram considerados no levantamento fiscal.

Na realidade, a exigência fiscal diz respeito apenas à diferença entre o ICMS devido a título de diferença de alíquotas pelas aquisições de material de uso/consumo e ativo fixo e o ICMS lançado pelo autuado na apuração mensal do imposto. A título de exemplo, no mês de agosto de 2013, o autuado lançou como “Diferencial de alíquota” o valor de R\$1.027,83, conforme se constata no próprio documento que colacionou aos autos de fl.179, valor este considerado pelo autuante no demonstrativo de fl. 74, já que a auditoria apurou o ICMS devido no valor de R\$2.270,07 que deduzido o valor de R\$1.027,83 resulta no ICMS exigido na autuação de R\$1.242,24.

Diante disso, esta infração é totalmente subsistente.

Em relação à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade das multas, saliento que as multas indicadas no Auto de Infração são as previstas no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, para as infrações que foram imputadas ao autuado, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA. No que tange ao pedido de dispensa ou redução da multa de 60% para 20% ou 30%, observo que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a competência para tal apreciação é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante estabelece o art. 159 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração conforme quadro abaixo, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

INF.	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	87.300,32	85.888,20	60%	PROCEDENTE EM PARTE
02	2.139.073,39	2.127.468,71	60%	PROCEDENTE EM PARTE
03	129.060,08	80.479,48	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	287.715,27	0,00	-----	IMPROCEDENTE
05	18.349,14	16.487,52	60%	PROCEDENTE EM PARTE
06	466.245,30	450.807,41	60%	PROCEDENTE EM PARTE
07	26.718,37	26.718,37	60%	PROCEDENTE
Total	3.154.461,87	2.787.849,69		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0020/16-6**, lavrado contra **WAL MART BRASIL TDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$2.787.849,69** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo homologação do pagamento efetuado pelo autuado.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR