

A. I. Nº - 269352.0001/17-5
AUTUADO - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.11.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0170-04/18

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. Acolhidos os argumentos defensivos em relação aos produtos chocolates (bombons – balas B TOF CHOK ARCOR 750G) – item 11, do Anexo I do RICMS/BA; produtos de limpeza, os quais foram excluídos da substituição tributária a partir de 01/02/15: “DESF AMB TRADICIONAL 24x90 ML ATO” e “DESF AMB ALFAZEMA 24 x 90ML ATOL”, enquadrados no item 25.11 do referido anexo; biscoito tipo Waffer, item 33.1 do Anexo I citado, e ceras e preparações líquidas para limpeza – LUST MOV 12x200M IPE LAV YPE, item 40.3 do Anexo I. Mantidas as exigências relacionadas aos produtos leite em pó, leite longa vida e composto lácteo, os quais, à época das ocorrências dos fatos geradores, não se encontravam beneficiados com a redução da base de cálculo cuja alíquota incidente nas operações internas é no percentual de 17%. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Inaplicabilidade da norma prevista pelo art. 112 do CTN. Mantida a multa aplicada por possuir expressa previsão legal pela legislação tributária estadual vigente. Não se inclui na competência desse colegiado a apreciação de alegação de inconstitucionalidade da norma, sendo-lhe vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza), emanado de autoridade superior. Incompetência das Juntas de Julgamento Fiscal em reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de Infração em referência foi expedido em 17/04/2017 para exigir crédito tributário no montante de R\$1.480.881,77 acrescido de multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II alínea “a” da Lei nº 7.014/96 em consequência da seguinte acusação: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*. Consta que a apuração está em consonância com os relatórios constantes do Anexo I, intitulados *“Recolhimento a menor do ICMS por Aplicação de Alíquota Diversa da prevista na legislação”*.

Cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seu patrono legalmente constituído, ingressou com Impugnação, fls. 26 a 59, onde após algumas considerações iniciais, passou a arguir nulidades presentes no lançamento.

A primeira intitulada como **“Incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal”**, onde cita a previsão contida no art. 196 do CTN (termo de início da fiscalização e

prazo para a conclusão) assim como o art. 28, § 1º do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 que especifica que o prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos para conclusão das tarefas de fiscalização.

Após outras considerações a este respeito sustenta que o autuante não cumpriu as exigências formais contidas na legislação vigente, vez que segundo descrito no Auto de Infração a fiscalização tem origem na Ordem de Serviço nº 508255/16, a qual não lhe foi apresentada quando da ciência do lançamento fiscal, o que impossibilitou a verificação do cumprimento do prazo para concluir a fiscalização ou acerca da existência de prorrogação, bem como inviabiliza a constatação se o autuante estava designado para promover a atividade fiscalizatória e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado.

Em vista, por considerar que houve ofensa ao art. 2º, § 1º do RPAF/BA requer a nulidade do Auto de Infração com fulcro no art. 18 do mesmo regulamento, citando a este respeito decisões dos Tribunais Administrativos dos Estados de Pernambuco e do Ceará.

O segundo argumento de nulidade se intitula **“Preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação”**. Neste tópico cita os princípios que estão presentes no art. 2º do RPAF/BA, os quais considera terem sido violados, destacando 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. Sustenta ainda que não procedendo desta forma o autuante afronta os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, em total afronta ao previsto pelo art. 39 do RPAF/BA.

Aponta que consta no corpo do Auto de Infração que a exigência tem por base uma planilha que apresenta o número da nota fiscal e seus valores, entretanto não foram apresentados os documentos nela mencionados e nem o número chave de acesso da entrada para comprovar as informações prestadas.

Voltou a citar decisões do TATE do Estado de Pernambuco a este respeito, apresentação de documentos, e assevera que da forma que foi apresentado o crédito tributário não é suficiente à caracterização do valor exigido, não fornecendo, no mínimo, segurança ao Auto de Infração.

Após citar o art. 18, II, IV “a” do RPAF/BA e decisão deste CONSEF sustenta que impõe-se a declaração de nulidade do Auto de Infração porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei e porque a insegurança que afirmar ter apontado repercute no amplo direito de defesa.

Como terceiro argumento de nulidade, o qual intitula **“Da Nulidade da autuação por preterição do direito de defesa”**, destaca evidente cerceamento do direito de defesa posto que cotejando os dados constantes nas planilhas elaboradas pelo autuante para cada exercício autuado, observou que se encontram ausentes todas as provas que respaldam as infrações, qual seja, no mínimo a norma que embasa a tributação para cada item, vez que sem eles fica prejudicada a verificação dos dados e valores apresentados pela fiscalização, isto é, a materialidade dos valores exigidos.

Neste sentido complementa que apesar do autuante ter afirmado que os produtos autuados foram tributados erroneamente, por aplicação equivocada da base de cálculo, o autuante não se desincumbiu de comprovar a vinculação das mercadorias a qualquer outra forma de tributação diversa da que adotou.

Nessa linha de raciocínio e após tecer outras considerações objetivando consubstanciar seus argumentos, conclui que por todos os equívocos apontados o lançamento carece de exatidão, não restando comprovado o cometimento da infração devendo, portanto, ser declarado totalmente nulo em consonância com os princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade material.

Ao adentrar aos fundamentos de mérito da autuação, passa a apontar de forma pontual o que considera como equívocos praticados pelo autuante ao exigir a tributação do imposto com base na alíquota de 17%.

A este respeito aponta que os produtos a seguir estão incluídos na substituição tributária, os quais não mais estão sujeitos na tributação nas operações de saídas: chocolates (bombons – balas B TOF CHOK ARCOR 750G) – item 11 do Anexo I do RICMS/BA; produtos de limpeza, os quais foram excluídos da substituição tributária a partir de 01/02/15: “DESF AMB TRADICIONAL 24x90 ML ATO” e “DESF AMB ALFAZEMA 24 x 90ML ATOL”, enquadrados no item 25.11 do referido anexo; biscoito tipo Waffer, item 33.1 do Anexo I citado, e ceras e preparações líquidas para limpeza – LUST MOV 12x200M IPE LAV YPE, item 40.3 do Anexo I.

Portanto, em relação aos produtos acima listados sustenta que não se sustenta a acusação fiscal.

Em seguida passou a questionar o que considera suposto erro na adução da alíquota de 7%, ao invés de 17%: leite tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó.

Cita que a justifica do autuante para a autuação está no fato de que a legislação estadual só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido neste Estado (Art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/12), mencionando os produtos “LTE PO DESNSACH 12x500 MOLICO, LEITE PÓ INTEG 50x200G CCGL, LTE NINHO INST-LT 400G, LEITE PO INTEG RF 25 x 400G ITAMBÉ, NESTOGENO 1 SO 8900G, CPTO LACT FORTIFICAD ELEGE 80X120, e demais produtos semelhantes que foram autuados.

Neste contexto assevera que improcede a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V e art. 152 da Carta Magna, apresentando, ainda, neste sentido, outras considerações com base nos dispositivos presentes da CF.

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

Com este argumento considera 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?

Com o argumento de que o Estado confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta à Constituição, afirma que impõe-se a desconstituição da infração.

Em seguida destacou que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário em casos semelhantes ao presente, diferindo apenas em relação ao produto leite longa vida, transcrevendo decisões oriundas das 2ª e 11ª Varas da Fazenda Pública de Salvador, além de decisões do Tribunal de Justiça do estado da Bahia, do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal, pontuando que por desobediência à 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.

Conclui defendendo que o benefício concedido ao leite em pó produzido neste Estado deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência, ao tempo em que como foram 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.

Passou em seguida a questionar o percentual de 60% da multa aplicada, arguindo que duas razões afastam a possibilidade de sua aplicação: a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela e a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Para consubstanciar seus argumentos trouxe decisão do CARF e outras originárias do Supremo Tribunal Federal que considera razoável o patamar entre 20% e 30% a título de penalidade, razão pela qual requer a redução da penalidade aplicada para este patamar.

No item 7 da peça defensiva **“Do in dúvida pro contribuinte”** advoga que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, citando o art. 112 do CTN, ponderando que apesar da certeza de ver desconstituído o Auto de Infração, entretanto se alguma dúvida restar, de acordo com a norma contida no referido artigo do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte, julgando o Auto de Infração Improcedente.

Em conclusão requer o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal diante da sua impropriedade. Sucessivamente, caso não acolhido o pedido anterior, que seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada em respeito ao princípio da razoabilidade e do não confisco, requerendo ainda que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao contribuinte, protestando, finalmente, 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 acusações apontadas no lançamento.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 103 a 111, pontuando que a nulidade suscitada pelo autuado sob o argumento de que não há certeza quanto ao prazo para conclusão da ação fiscal, alegando também a falta de termos necessários para o início do procedimento, não procede tendo em vista que o Termo de Início de Fiscalização está anexado à fl. 07, com data de postagem em 22/03/2017 e que tem a ciência do Contribuinte através do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE no dia seguinte, 23/03/2017.

Em relação ao Termo de Prorrogação diz que não há o que falar porque a fiscalização não durou mais que 90 dias, enquanto que em relação à Ordem de Serviço trata-se de um documento interno da Secretaria da Fazenda, não havendo obrigatoriedade de entrega ao contribuinte.

Quanto ao mérito pontuou que concorda com os argumentos defensivos em relação aos produtos de limpeza citados, Kit Kate (biscoito wafle), Lust Mov (ceras líquidas) e bal B Tof Achok Arcor 750, os quais confirma que estão incluídos no rol da substituição tributária, possuindo saídas subsequentes sem tributação. Diante disto elaborou novos demonstrativos de débito da infração, reduzindo-a de acordo com o quadro sintético abaixo, tendo também elaborados demonstrativos analíticos constantes do CD anexo:

Exercício	Valor ICMS Original	Valor ICMS Reduzido
2012	26.097,00	26.074,55
2013	92.674,90	92.613,37
2014	240.160,52	240.160,52
2015	1.121.949,35	1.121.124,37
TOTAL	1.480.881,77	1.479.972,81

Entretanto, em relação aos produtos abaixo citados diz não concordar com os argumentos defensivos:

LEITE EM PÓ: destaca que somente foi lançado no Auto de Infração aqueles que por serem fabricados fora do Estado, deixaram de ter carga tributária de 7%, a partir de 01/01/2014, conforme redação do inciso XXV do art. 268 do RICMS/12, dada pelo Decreto nº 14.898, de 27/12/13, transcrito abaixo:

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

Desta maneira assevera que não há lançamentos de Leite em Pó antes de 2014, com exceção do LEITE EM PÓ LA SERENISSIMA, que foi lançado em 2012, mas por conta de ter sido tributado a 0%, quando o correto seria 7%.

Destaca que alguns produtos que o autuado denomina como Leite em Pó, em verdade se trata de Composto Lácteo, como por exemplo o LTE PO INST 50X200G PCT IDEAL, que conforme imagem do rótulo colacionada aos autos se constata que se trata de produto diverso do Leite em Pó.

Cita que da mesma forma o NINHO FASES também não é leite em pó, como resta provado na imagem do rótulo colacionada aos autos indicando que se refere composto lácteo com óleo vegetais.

Quanto ao Composto Lácteo, também listado pelo autuado, diz ser um produto diferente do Leite em Pó. Cita que a redução ora em comento não se aplica a este produto, pois a Instrução Normativa nº 28/07 do Ministério da Agricultura, específica para o produto em questão, tem por objetivo estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deve atender o produto Composto Lácteo destinado ao consumo humano, e determina que tem o fabricante a obrigação de inserir no rótulo do produto composto lácteo a expressão "COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ". Portanto, se não se deve confundir com leite em pó, conforme atesta o próprio Ministério da Agricultura, Órgão responsável por classificar e conceituar as composições de produtos para consumo humano, não devendo prosperar o argumento defensivo pois não faz jus à redução da base de cálculo o produto COMPOSTO LÁCTEO, já que a redução prevista é específica para leite em pó.

Menciona que esta matéria já foi amplamente debatida no CONSEF, citando como exemplo o Julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF nº 0196-02/13, referente ao Auto de Infração 206830.0008/12-0.

Explicita, em seguida, o conceito do Composto Lácteo à luz da Instrução Normativa o qual pode ter apenas 51% de composição láctea, não podendo ser considerado como leite em sua essência.

Acrescentou que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto 13.780, de 2012, em seu Art. 268, inciso XXV, incluiu a partir de 01/08/13 o Composto Lácteo na redução de base de cálculo ora em comento, o que corrobora com o entendimento de que se tratam de produtos diferentes, onde antes de sua inclusão, apenas o Leite em Pó possuía o direito à redução de base de cálculo, transcrevendo a redação anterior e a atual, com a inclusão do composto lácteo:

Redação Originária (efeitos até 31/07/13):

“XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);”.

Redação Posterior (efeitos a partir de 01/08/13):

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

Concluindo assim, **que somente a partir de 01/08/2013 é que foi incluído o composto lácteo na legislação tributária do Estado da Bahia permitindo que este produto fosse passível de redução de base de cálculo, e desde que fabricado neste Estado**, e, se assim o fez é porque antes deste período não poderia ser efetivada tal redução de carga tributária pretendida pelo autuado, corroborando que composto lácteo não é leite em pó, e sim um novo e diferente produto.

NAN e NESTOGENO – FÓRMULA INFANTIL: Pontua que estes produtos não são nem Leite em Pó nem Composto Lácteo, pois têm composição diferente de todos, são FÓRMULA INFANTIL, haja

vista que são misturados a vários tipos de óleos, como óleo de palma, óleo de canola e óleo de milho, além de outros variados ingredientes, consoante se verifica através dos rótulos destes produtos cujas imagens foram colacionadas aos autos.

LEITE LONGA VIDA (LEITE UHT): Cita que este produto teve saídas tributadas a 7%, indiscriminadamente, seja fabricado no Estado da Bahia, ou não, infringindo o Art. 267, XXIX, do RICMS/12/BA, que concede redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja de 7%, mas apenas aos produtos fabricados no estado. Neste contexto diz que para que haja redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia, sendo que todos os itens discriminados pelo autuado são fabricados fora do Estado, e que por ser norma de benefício fiscal, a regra deve ser interpretada de forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Em conclusão menciona que em virtude de que houve alterações nos demonstrativos da Infração 01, propõe que o presente processo retorne à SAT/DAT METRO/PPAF, para dar ciência ao autuado, com abertura de prazo para manifestação, com posterior retorno a esta Fiscalização.

O autuado se pronunciou acerca da Informação Fiscal, fls. 115 a 121, pontuando que quanto a preliminar de nulidade suscitada *“Incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal”* o Autuante, em sua Informação Fiscal, silenciou quanto a mesma, qual seja, deixando de apresentar a Ordem de Serviço que originou a fiscalização e, por sua vez, o lançamento fiscal, impossibilitando a verificação do cumprimento do prazo para concluir a sua fiscalização ou acerca da existência de prorrogação, da competência para autuar e dos períodos sujeitos à exigência.

A este respeito diz que não basta que o autuante alegue que a ordem de serviço *“é um documento interno da Secretaria da Fazenda, não havendo obrigatoriedade de entrega do contribuinte”*. Dessa forma assevera que fica inviabilizada a constatação se o autuante, estava designado para promover a atividade fiscalizatória e se o período autuado foi o mesmo indicado para ser fiscalizado, cujo silencio confirma que houve violação ao art. 28, I, II, § 1º do Decreto nº 7.629/99 e art. 196 e parágrafo único do CTN, diante da impossibilidade da constatação do cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, autuar e exigir o crédito tributário para o período autuado.

Em relação ao mérito cita que a acusação fiscal é no sentido de que teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, leite em pó e composto lácteo em pó, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%. Com isso, a infração impõe uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, violando a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna.

Cita que o autuante discorre que por ser o produto fabricado fora do Estado, ele não tem o benefício da redução da base de cálculo, contudo, 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 taxaço reduzida a 7%.

Acrescenta que a confirmação de que o Estado majora a carga tributária está nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário da Bahia no sentido de que impropede a exigência de recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas de leite longa vida, decisões estas já citadas anteriormente e novamente transcritas.

Quanto aos produtos NAN e NESTOGENO, cita que apresenta o entendimento deste CONSEF exarado através do Acórdão nº 0034-03/13 no sentido que são compostos pelos mesmos ingredientes dos leites em pó e que, por isso, teriam a redução de base de cálculo, citando ainda o Acórdão nº CJF nº 0445-13/13 da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, referente ao A. I. Nº 232954.0007/11-9.

Portanto, acrescenta, 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.

Após reiterar todos os pedidos formulados na Impugnação, em especial seja julgado **improcedente** o Auto de Infração, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal, posto que se encontra em perfeita harmonia com a legislação vigente, bem como por todas as demais razões trazidas à colação.

O autuante se pronunciou em relação a Manifestação efetuada pelo autuado, fl. 134, destacando que o mesmo não traz novos elementos, apenas repetiu os argumentos apresentados quando da Defesa inicial. Mantém os termos da Informação Fiscal.

Às fls. 137 a 140 foram juntados extratos de pagamentos realizados pelo autuado no valor histórico de R\$220.332,53 e valor corrigido de R\$312.545,79.

Em 31/10/2017 o processo foi convertido em diligência nos seguintes termos:

I – PARA A INFAZ DE ORIGEM

Em sua peça defensiva o autuado informou que reconhece a procedência parcial da autuação, tendo juntado às fls. 68 e 69, apenas DAE e comprovante de pagamento referente a parcela reconhecida no valor histórico de R\$360.507,38. Em vista disto solicita-se, que o mesmo seja intimado para apresentar um demonstrativo analítico das parcelas do débito reconhecido e os respectivos valores pagos.

II – À PGE/PROFIS

Considerando que o autuado se insurge contra o tratamento atribuído pela legislação tributária estadual em relação as operações envolvendo leite produzido fora do Estado x os produzidos internamente e, em seu socorro cita e transcreve as Decisões abaixo promovidas pela Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial:

1 – Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001 – 2ª Vara da Fazenda Pública;

2 – Embargos à Execução Fiscal nº 0346138-46.2014.8.05.0001 – 11ª Vara da F.Pública;

3 – Apelação nº 0375591-23.2013.8.05.0001 – 4ª Câmara Cível;

4 – Medida Cautelar ADI 3389 29/03/2006 – STF.

Decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em Sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por enviar o presente processo à PGE/PROFIS no sentido de que essa Órgão emita Parecer Jurídico informando qual a repercussão dos julgados acima em relação ao presente processo.

Através de Petição de fl. 148, o autuado requereu que fosse juntado aos autos de demonstrativo analítico das parcelas do débito que foram reconhecidas de acordo com CD de fl. 150.

Em 23/03/2018 o PAF foi encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de Parecer Jurídico na forma solicitada através do pedido de diligência, tendo esse Órgão, através de Parecer datado de 14/05/2018, fls. 177 e 178, da lavra da Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, assim se pronunciado:

“(…)

Diante do quanto requerido, solicitou-se, ao Núcleo de Representação Judicial – NRJ desta PROFIS, a informação sobre “quem figura nos polo ativo e passivo dos processos judiciais” em questão (fls. 136).

Vieram aos autos, assim, a promoção de fls. 137 e documentos seguintes dos quais se extrai que: (i) a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, da 2ª Vara da Fazenda Pública – bem como a Apelação de mesmo número, de 4ª Câmara Cível, que lhe é correlata – restaram promovidas pela empresa Wal Mart Brasil Ltda contra o Estado da Bahia; (ii) os Embargos à Execução nº 0346138-46.2014.8.05.0001, da 11ª Vara da Fazenda Pública, tem como partes Bomprego Bahia Supermercados Ltda e o Estado da Bahia; (iii) e a ADI nº 3389 foi proposta pelo Governador do Estado de Minas Gerais contra o Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Vê-se, portanto – e aqui já respondendo ao quanto especificamente indagado pelo CONSEF –, que as mencionadas decisões, conquanto logrem espelhar o posicionamento de parte da jurisprudência em derredor dos temas ali versados, não produzem qualquer repercussão no presente feito, não sendo condicionantes ou prejudiciais do julgamento administrativo a ser proferido, haja vista não se referirem ao débito reclamado e terem sido prolatadas relativamente a empresas outras, diversas da Autuada.”

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, acusa o autuado que *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas,”* no montante de R\$1.480.881,77.

De acordo com os documentos emitidos através do Sistema SIGAT, fls. 137 a 140, foram juntados extratos de pagamentos realizados pelo autuado no valor histórico de R\$220.332,53, e valor corrigido de R\$312.545,79. Portanto, remanesce em discussão apenas a parcela do débito não reconhecida.

Em preliminar, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração com base em três argumentos distintos, quais sejam: *i)* incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal; *ii)* preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação; *iii)* preterição do direito de defesa, os quais passo a apreciá-los.

Examinando as peças que integram estes, autos vejo de imediato que não tem amparo fático ou jurídico, os argumentos apresentados pelo autuado.

Isto porque, o primeiro pedido de nulidade, *“incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal,”* não reúne qualquer possibilidade de acolhimento, pois se trata de uma questão eminentemente de ordem administrativa, cabendo ao setor competente da Inspeção Fazendária de lotação do autuante, proceder tal verificação. Registre-se que o autuado foi cientificado do início da ação fiscal em 23/03/2017, via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, fl. 07, com citação do número da Ordem de Serviço e do período a ser fiscalizado. Ora, como a fiscalização foi iniciada em 23/03/17 e o Auto de Infração lavrado em 17/04/2017, com ciência pelo autuado em 19/04/2017, o prazo regulamentar de 90 (noventa) foi plenamente atendido, não havendo necessidade de prorrogação.

O segundo argumento de preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei também não se sustenta, pois foram atendidas todas as determinações contidas no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, com entrega ao autuado de planilha demonstrativa e analítica de todos os itens objeto da autuação, tanto que o autuado se defendeu plenamente e pontualmente da autuação, reconhecendo a parcela do débito que considerou como devida. Portanto, não se configura nestes autos a alegada preterição do direito de defesa bem como de descumprimento de dispositivo legal.

O terceiro argumento, também de preterição ao direito de defesa, em razão de que se encontram ausentes todas as provas que respaldam as infrações, ou seja, a norma que embasa a tributação para cada item envolvido na autuação, é outro argumento que também não encontra qualquer sustentação. Ora, a autuação indica, individualmente, todos os produtos que tiveram suas saídas tributadas com erro na determinação da base de cálculo e o enquadramento legal com base na Lei nº 7.014/96, logo, não houve qualquer preterição ao direito de defesa. Ressalto que as decisões de Tribunais Administrativos de outros Estado em nada socorrem ao autuado, pois não possuem efeitos sobre as ocorrências verificadas no Estado da Bahia, e além disso, não refletem a situação específica destes autos.

Isto posto, deixo de acolher a totalidade dos pedidos de nulidade do Auto de Infração apresentados pela defesa, por não restar configurado nos autos qualquer afronta ao contraditório e ao exercício pleno da ampla defesa pelo autuado.

Em relação ao mérito, de início indefiro o pedido de diligência/perícia formulado pelo autuado, com base no art. 147 do RPAF/BA, vez que se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento.

Desta maneira, vejo que o autuado inicialmente insurgiu-se quanto à exigência levada a efeito pelo autuante, no tocante a produtos que estão incluídos na substituição tributária, os quais não mais estão sujeitos à tributação nas operações de saídas: chocolates (bombons – balas B TOF CHOK ARCOR 750G) – item 11 do Anexo I do RICMS/BA; produtos de limpeza, os quais foram excluídos da substituição tributária a partir de 01/02/15: “DESF AMB TRADICIONAL 24x90 ML ATO” e “DESF AMB ALFAZEMA 24 x 90ML ATOL”, enquadrados no item 25.11 do referido anexo; biscoito tipo Waffer, item 33.1 do Anexo I citado, e ceras e preparações líquidas para limpeza – LUST MOV 12x200M IPE LAV YPE, item 40.3 do Anexo I.

O autuante, quando da Informação Fiscal, acolheu o defensivo e excluiu estes itens da autuação, situação esta que possibilitou a redução do lançamento para a quantia de R\$1.479.972,81 conforme se verifica através dos novos demonstrativos que foram elaborados e apensados aos autos.

Vejo que neste aspecto, de fato, assiste razão ao autuado, já que da análise levada a efeito no Anexo I do RICMS/BA, se comprova que os mencionados produtos estão de fato inculpidos na substituição tributária, descabendo a exigência do imposto na forma perpretada pelo autuante, razão pela qual, concordo e acolho as exclusões levadas a efeito pelo mesmo.

Os demais produtos impugnados pelo autuado são: **Leite tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó**, produtos estes que defende que a carga tributária incidente é de 7%, enquanto que o autuante considerou 17%.

A este respeito pontuou o autuado que a justificativa apresentada pelo autuante para utilização do percentual de 17% está no art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/BA, que só admitem a tributação com a base de cálculo reduzida para os produtos fabricados no Estado da Bahia.

Em sua defesa, o autuado argumentou que improcede a limitação imposta pelo Estado por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta pelo Art. 150, V e 152 da Constituição Federal.

Em seu socorro, citou decisões oriundas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que julgou desfavorável ao Estado situações envolvendo exigência do imposto com a alíquota de 17% em relação ao produto leite longa vida, e também fez menção a julgados deste CONSEF, que entende que foram favoráveis ao seu posicionamento.

Em suma, arguiu a improcedência da exigência fiscal sobre os aludidos produtos, por entender que o tratamento diferenciado imposto pelo Estado afronta à Constituição Federal, devendo por isso, ser atribuído tratamento igualitário.

Por sua vez, o autuante manteve a exigência com base na norma prevista pelo Art. 268 do RICMS/BA.

A este respeito, registro de imediato, que em consonância com o Parecer Jurídico da lavra da PGE/Profis, as decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia trazidas pelo autuado “*não produzem qualquer repercussão no presente feito, não sendo condicionantes ou prejudiciais do julgamento administrativo a ser proferido, haja vista não se referirem ao débito reclamado e terem sido prolatadas relativamente a empresas outras, diversas da Autuada*”. Por essa razão, entendo que essas decisões não têm repercussão neste julgamento.

Isto posto, vejo que em relação ao leite de gado tipo longa vida, existe previsão expressa pela legislação tributária estadual, na medida em que a redução da base de cálculo prevista pelo art. 268, inciso XXIX, alcança apenas o leite fabricado neste Estado, enquanto que o autuado utilizou de forma indiscriminada do benefício da redução, para as aquisições ocorridas fora do Estado.

Ora, estamos diante de uma norma prevista pela legislação tributária em vigor, a qual deve ser seguida por todos, Fisco, órgão julgador e contribuinte. Se acaso o autuado entendesse que esta

norma viola princípio constitucional, deveria o mesmo, ao invés de ignorar a legislação, buscar os meios jurídicos para respaldar seu entendimento, e só após uma definição pelo judiciário, adotar o aquilo que seria decidido.

Quanto à decisão citada pelo autuado concernente ao Acórdão nº 0445-13/13 da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal vejo que o mesmo se refere e transcreve o voto vencido que não prevaleceu nesse julgamento, enquanto que o voto vencedor se posicionou em sentido contrário conforme se verifica através do próprio texto do voto trazido pelo autuado, fls. 125 a 128.

Em relação ao produto composto lácteo, também não se aplica a redução da base de cálculo arguida pelo autuado. Conforme muito bem pontuado pelo autuante, o Ministério da Agricultura ao editar a Instrução Normativa nº 28/07, específica para este produto, e que tem por objetivo estabelecer a identidade e os requisitos mínimos de qualidade que deve atender esse produto, determina a obrigação do fabricante de inserir no rótulo do produto a expressão “composto lácteo não é leite em pó” portanto, não está alcançado pela redução na base de cálculo.

Registre-se, por oportuno, que somente a partir de 01/08/2013 é que o produto composto lácteo passou a usufruir do benefício da redução da base de cálculo, fato este respeitado pelo autuante. Volto a registrar que a redução da base de cálculo se trata de um benefício fiscal, logo a legislação pertinente deve ser interpretada de forma literal, não sendo dado à autoridade administrativa encarregada de efetuar o lançamento de ofício, assim como ao órgão julgador administrativo, deixar de aplicar a legislação tributária vigente.

Ressalto que este é um entendimento consolidado neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos nº 0064-02/18, oriundos da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, e 0103-03/13, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, ambos decorrentes de Autos de Infração lavrados contra o próprio autuado.

Quanto ao leite em pó e demais produtos semelhantes que foram autuados (LTE PO INF 1 12X400G NESTOG; LTE INF AR 12X400G NAN, CPTO LACT FORTIFICAD ELEGE 80X120, LTE PO PCT INTEG 50X200G ITAMBE, LTE PO CRESC 5 24X 400G NINHO), revela-se a mesma situação descrita em relação ao produto leite longa vida. Neste caso, a autuação alcançou as operações que deixaram de ter a carga tributária reduzida de 7% a partir de 01/01/2014, exceto em relação ao Leite em pó La Sereníssima, conforme ressaltado pelo autuante, lançado em 2012 pelo fato das saídas terem saído sem tributação.

De maneira que, em face do quanto acima expandido, deixo de acolher os argumentos defensivos relacionados aos produtos acima postos, os quais efetivamente, à época da ocorrência dos fatos geradores, não usufruíam do benefício fiscal da redução da base de cálculo, razão pela qual as saídas internas deveriam ocorrer com tributação com base na alíquota de 17%.

Saliento por fim, que o argumento defensivo da existência de conflito entre a norma Constitucional e a prevista pelo RICMS, que reduziu a base de cálculo para a saída de leite produzido neste Estado, pontuo que, em conformidade com o disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se inclui na competência desse colegiado a apreciação de alegação de inconstitucionalidade da norma, sendo-lhe vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza), emanado de autoridade superior. É o que se observa do artigo supramencionado abaixo colacionado:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Também no tocante à alegação de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, assevero que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal, com respaldo no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, em vigor, portanto é a que deve prevalecer. Repito que o alegado caráter confiscatório não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, conforme dispõe o

art. 167, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou de redução da multa, esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para tal fim.

Finalmente, no que diz respeito ao argumento defensivo de que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte (Art. 112 do CTN), não se aplica ao caso presente, pois os fatos indicados nestes autos, ante sua clareza, não requerem esta interpretação.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$1.479.972,81, conforme está demonstrado às fls. 98 a 100 dos autos deste processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0001/17-5**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.479.972,81** acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 25 de setembro 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR