

PROCESSO - A. I. Nº 129712.0003/16-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0089-02/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/05/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0092-11/19

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS DAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. **a)** OPERAÇÕES COM ECF. SAÍDAS COM ALÍQUOTA ZERO EM MERCADORIAS TRIBUTÁVIS COM 17%, 12% E 7%. **b)** OPERAÇÕES COM NFs. SAÍDAS COM ALÍQUOTA ZERO EM MERCADORIAS TRIBUTÁVIS COM 17%. **c)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 2. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. **a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infrações parcialmente subsistentes em face de alegações/comprovações acolhidas pelas autuantes. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento. O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/12/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$1.789.091,28, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – (03.02.02). Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte deu saída de mercadorias com alíquota zero em produtos tributados a 17%, 12% e 7% nas operações com ECF conforme Anexo II, nos meses janeiro a dezembro de 2013, 2014 e 2015. Valor de R\$1.319.537,36. Período: Janeiro a Dezembro 2013, Janeiro a Dezembro 2014 e Janeiro a Dezembro 2015. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A da Lei 76.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei;

INFRAÇÃO 2 – (03.02.05). Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme relatórios do Anexo III, nos meses de fevereiro, março, maio, julho, agosto, outubro de 2013, janeiro e julho de 2014. Valor de R\$18.050,91, Enquadramento legal: Arts. 17 a 21 e 23 da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei;

INFRAÇÃO 3 – (03.02.02). Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte deu saída de mercadorias com alíquota zero em produtos tributados a 17% em operações com Notas Fiscais, conforme Anexo IV, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2013. Valor de R\$11.846,44. Enquadramento legal: Arts. 16 a 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei;

INFRAÇÃO 4 – (01.02.06). Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme Anexo V, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, 2014 e 2015. Valor de R\$269.087,37. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II, da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da citada lei;

INFRAÇÃO 5 – (01.02.03). Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme Anexo VI, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2015, e janeiro a abril, junho a dezembro 2014. Valor de R\$170.569,20. Enquadramento legal: Arts. 29, § 2º, da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da citada lei;

Após a devida instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial pelos seguintes argumentos abaixo colacionados:

VOTO

O lançamento de ofício processado exige o valor de R\$1.789.091,28, acusando o cometimento de 05 (cinco) infrações à legislação tributária do ICMS, conforme acima relatadas.

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 06, 13, 17, 33, 81, 83, 87, 97, 128-verso, 137, 149, 152, 156, 160, 168, 169, 171-verso, 177, 178, 181, 185, 186, 191, 406 e 489, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-13 e CDs de fls. 19, 405 e 427); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Apresentando demonstrativo em que relaciona diversas mercadorias (fls. 230-231), o sujeito passivo suscita a nulidade do lançamento relativo às infrações 04 e 05 por entender cerceado em seu direito de defesa. Destaca desconhecer a existência de legislação estadual que trate do regime de substituição tributária ou que institua a isenção para os itens que relaciona; que faltaria base legal para a autuação e, por isso, tanto o contribuinte quanto o órgão julgador estariam impedidos de entender ou formular juízo acerca da matéria posta em julgamento.

Sem embargo, observo que acolhendo argumentos defensivos, vê-se na última informação fiscal (fl. 426) que das mercadorias relacionadas pelo Impugnante no que diz respeito às infrações 04 e 05, restou apenas HIXIZINE XAROPE 120ML, que consta do ANEXO 01 do RICMS-BA, item 32, como mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Portanto, tendo em vista que o vício apontado pelo Impugnante foi devidamente sanado nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF, rejeito o pedido de nulidade suscitado. Em face da prova não depender de conhecimento técnico especializado e ser desnecessária em vista das provas autuadas, com fundamento no art. 147, “a” e “b” do RPAF, indefiro o pedido de perícia formulado pelo Impugnante.

Indo ao mérito do lançamento, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A Impugnação do sujeito passivo é bastante objetiva. Pontua suas discordâncias para cada infração. Nesse contexto, observo que do valor principal original da exação fiscal (R\$1.789.091,28) o sujeito passivo reconheceu e pagou o valor de R\$ 1.062.62.701,62, conforme DAE e demonstrativo que detalha o pagamento (fls. 200 e 505-509).

Infração 01

O argumento do contribuinte é que aplicou as corretas alíquotas para:

- a) Redução de base de cálculo para margarinas, com respaldo no art. 268, XXVII, do RICMS-BA,*
- b) Produtos isentos:*
 - b.1) Farinha de milho e feijão, com respaldo no art. 265, II, “c” e “d”, do RICMS-BA;*
 - b.2) Produtos hortifrutícolas, com respaldo no art. 265, I, “a”, do RICMS-BA e Cláusula primeira do Conv. ICMS 44/75;*
- c) Produtos sujeitos à ST:*
 - c.1) Chocolates e produtos de confeitaria, com respaldo no item 11 do Anexo 01 do RICMS-BA;*
 - c.2) Óleo Combustível, por ser um produto de ST, mas indicado na autuação como mercadoria submetida ao regime normal de apuração do ICMS;*
 - c.3) Produtos farmacêuticos e medicamentos, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 32.1;*
 - c.4) Farinha de trigo e Derivados de trigo, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 18;*
 - c.5) Salgados industrializados, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 38;*
 - c.6) Ceras e preparações líquidas para limpeza, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 40.3;*

- c.7) *Bebidas quentes e energéticos, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Itens 5.2 e 5.5;*
- c.8) *Produtos de limpeza e inseticidas; com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 24.62;*
- c.9) *Produtos resultados do abate de aves, suínos e bovinos, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Itens 34 e 35;*
- c.10) *Açúcar, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 1;*
- c.11) *Piças de automóveis, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 28;*
- c.12) *Ração PET, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 36;*
- c.13) *Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17% (leite tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó), por entender inconstitucional a disposição do art. 268, XXV e XXIX, do RICMS-BA, que limita a redução da BC para tais produtos fabricados na Bahia.*

Por ocasião da informação fiscal de fls. 285-288, as autuantes acolheram os argumentos defensivos que consideraram pertinentes e ajustaram o valor da infração, reduzindo o valor original de R\$ 1.319.537,36 para R\$ 1 233 675,24, sendo R\$ 89.930,16 para 2013, R\$ 1.008.291,68 para 2014 e R\$ 135.453,40 para 2015, conforme os respectivos demonstrativos de fls. 289-312, 313-324 e 325-334, cujas cópias foram encaminhadas ao sujeito passivo, conforme documento de fl. 406. Sem embargo, mantiveram a exação para:

- a) *Pão de Queijo, porque sendo um produto composto por polvilho, leite e queijo, não se sujeitaria à ST;*
- b) *Cer bar/cho zero, por ser produto fabricado como cereais, na forma de barra da marca trigo, com “irrelevante participação de chocolate, inclusive observando que nas suas NFs de entrada constam destaque de ICMS à alíquota de 17% (exemplos fls. 336 e 341), valores que foram apropriados como crédito pelo sujeito passivo;*
- c) *Açuc Fit, por entenderem que a ST contempla apenas o “açúcar puro”, ou seja, o “açúcar de cana” não se estendendo ao Açuc Fit que é “um composto com outras substâncias a exemplo de stevia e sacarose”;*
- d) *Chester Lch Perdigão e Lomb Cnad Seara kg Defu Kg, por serem mercadorias que deixaram de participar da ST e foram adquiridos e comercializados fora do período em que estiveram submetidas à ST (01/01 a 31/02/2015);*
- e) *Composto Lac Inst, Ninho F1, Leite Integral COTOCHES, Leite Demare, Nam Comfort 1, entre outros, em face da expressa normativa que limita a redução da BC apenas para produtos fabricados na BA (RICMS-BA: Art. 268, XXV).*

Na manifestação acerca da informação fiscal, com relação à infração 01, o Impugnante assim se pronuncia:

- a. *Produtos sujeitos à ST:*

Barra de Cereal – *Entende que em face dos seus ingredientes, se enquadra na ST, conforme Anexo 1, item 38 (Salgados industrializados: NCMs 1904.1, 1904.9, 2005.2, 2008.11 e 2008.*

Açuc Fit União Sul 500 GR, Açuc Fit Sach 2,5G União, etc.. - *Entende que se enquadrariam no item 1 do Anexo Único da ST, NCMs 1701.1 e 1701.9, sob a alegação de que o açúcar tipo “fit” nada mais é que uma mistura do açúcar refinado com sucrolose, adoçante obtido a partir de reações químicas específicas com moléculas de sacarose, extraído da cana-de-açúcar.*

Produtos resultados do abate de aves, suínos e bovinos – *Tais mercadorias estavam sujeitas à ST no período da autuação (Item 34 do Anexo Único do RICMS/12).*

Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17% - *Em face de esta ser uma questão de direito, não contesta seus números. Uma vez mais reproduz sentenças judiciais a respeito se limita a frisar a ilegalidade da legislação baiana que restringe a redução da base de cálculo apenas a leite ou produtos dele derivados produzidos na Bahia.*

Pois bem, para a exação fiscal dessa infração, de logo observo que sabendo das correções efetuadas pelas autuantes, restringindo-se a manifestar-se sobre os quatro itens acima, assim, como eu, o sujeito passivo reconhece o acerto no procedimento fiscal com relação aos demais itens contestados por ocasião da defesa.

Quanto aos itens que o Impugnante seguiu protestando tenho o seguinte:

Barra de Cereal

Vê-se nas NFs de entradas 46744 e 70.066 (fls. 336 e 70.066) - curiosamente emitidas por outro estabelecimento do sujeito passivo situado também na Bahia – destaque de ICMS à alíquota de 17%, cujo valor foi corretamente apropriado pelo contribuinte autuado na apuração do ICMS periódico, e isso implica no mesmo entendimento que fundamenta a autuação, qual seja, o de que essa mercadoria não consta enquadrada no regime de substituição tributária, como alega o patrono da empresa autuada.

Portanto, sem sentido lógico ou legal a alegação defensiva de enquadramento no item 38 do Anexo 1 do

RICMS-BA que agrega os “salgados industrializados”, como pugna o Impugnante, até porque salgado a mercadoria nem é.

Açuc Fit União Sul 500 GR, Açuc Fit Sach 2,5G União, etc.,

O art. 353 do RICMS-BA, inciso II, item 12, vigentes até 2012 e que tratava da substituição tributária para o açúcar, tinha a seguinte redação:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

...

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

...

12 - açúcar de cana cristal, demerara e mascavo, inclusive açúcar refinado (mesmo em tabletes) NCM 1701.11.00 e 1701.99.00;

Vê-se, então, que o açúcar enquadrado no regime ST é o “açúcar de cana – cristal, demerara e mascavo -, inclusive açúcar refinado (mesmo em tabletes) – NCM 1701.11.00 e 1701.99.00” que no Anexo 1 do RICMS-BA vigente em 2013, exercício incluído no período fiscalizado, possuía as seguintes MVAs:

*a) Nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Alíq. interestadual aplicada no estado de origem - ES, MG, MS, MT, PA, RJ e SP): **Refinado: 10% Cristal: 15% Outros: 20%;***

b) Nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Alíq. interestadual aplicada no estado de origem) MVA nas operações internas 1 Açúcar de cana - 1701.1 e 1701.9 Prot. ICMS 21/91 - ES, MG, MS, MT, PA, RJ e SP 38,80% (Aliq. 4%) 34,46% (Aliq. 7%) 27,23% (Alíq. 12%);

c) MVA nas operações internas: 20%.

Com relação às NCMs e percentuais de MVA, tais disposições se mantiveram para os demais períodos autuados (2014 e 2015), deixando de existir apenas a distinção do percentual de MVA nas aquisições interestaduais em face da existência ou não da UF ser signatária ou não de acordo interestadual.

Por se tratar de benefício fiscal em que sua normativa há que ser interpretada literalmente (CTN: Art. 111), sem comportar qualquer extensão, os “outros” açucares referidos no item 1 do Anexo 1 limita-se ao açúcar de cana demerara e mascavo, inclusive quando em tabletes.

Portanto, também sem suporte legal é o entendimento do Impugnante que quer incluir na citada normativa a mercadoria que ele próprio define como “adoçante obtido a partir de reações químicas específicas com moléculas de sacarose, extraída da cana-de-açúcar” (fl. 494 dos autos).

Produtos resultados do abate de aves, suínos e bovinos

As autuantes acolheram a procedente alegação defensiva e por ocasião da informação fiscal de fls. 285-403, excluíram as mercadorias da exação fiscal.

Produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%

As mercadorias objeto da autuação são CPTO LAC INST PT 50X 200G IDEAL, COMP LACT NINHO FI 400G, LTE INTG 1L COTO CHES, LTE DESN 1L DAMARE, NAN CONFORT 1 800G, NESTOGENO 2 800G, LT PO INST 400G NINH 400G, LTE NINHO INTEG-LT 400G, e demais produtos semelhantes.

No período da autuação, para tais produtos/mercadorias o RICMS-BA previa:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

“XXV - das operações internas com leite em pó, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);” - Redação originária, efeitos até 31/07/13

“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);” - Decreto nº 14.681, de 30/07/13, DOE de 31/07/13, efeitos de 01/08/13 a 31/12/13.

“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);” - Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13, feitos a partir de 01/01/14 a 16/06/15.

“XXV - das operações internas com leite em pó e composto lácteo em pó, industrializados neste Estado, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento);” - Decreto nº 16.151, de 16/06/15, DOE de 17/06/15, feitos a partir de 17/06/15 a 31/01/17.

Sem objetar os números do procedimento fiscal, o sujeito passivo alega a improcedência da autuação por entender que a limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais violaria a vedação constitucional disposta no art. 150, V e art. 152, da CF/88. Vê-se, então, que a matéria a ser resolvida é exclusivamente de Direito que em face da unicidade jurisdicional do Direito brasileiro, está expressamente excluída da competência deste órgão administrativo judicante, conforme o art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, que reproduzo:

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.

Acolho, pois, o ajuste efetuado no procedimento fiscal por ocasião da Informação Fiscal de fls. 285-287, com demonstrativos suporte autuados às fls. 289-334 dos autos, cujas cópias foram encaminhadas ao sujeito passivo, e declaro a Infração 01 caracterizada no valor ajustado de R\$1 233 675,24.

Infração 02

O valor original da infração é R\$ 18.050,91, sendo R\$ 2.252,41 para 2013 (demonstrativos de fls. 75-76) e R\$ 15.798,50 para 2014 (demonstrativos de fls. 81-83) e protesto do Impugnante se resume ao produto/mercadoria “tipo leite longa vida” para o qual reitera o argumento de direito visto na infração anterior.

A despeito disso, por contemplar outras mercadorias, por ocasião da Informação Fiscal de fls. 285-288, conforme demonstrativos de fls. 348-349, cujas cópias também foram encaminhadas ao contribuinte autuado, as autuantes retificaram o valor do lançamento de ofício corretamente excluindo os cremes vegetais e as margarinas e mantiveram – também corretamente – as mercadorias/produtos “MANTEIGA NATURAL” e “LTE PO INST LT 24X 400G NINHO”.

Para a apreciação da alegação defensiva concernente ao leite tipo longa vida, empresto o mesmo fundamento visto na análise da infração anterior e declaro a Infração 02 caracterizada no valor ajustado de R\$ 15.608,86.

Infração 03

O valor original da infração é R\$ 11.846,44 e se relaciona ao exercício 2013 (demonstrativos de fls. 87-89) e o protesto do Impugnante se resume aos produtos/mercadorias “FILT ROSE PERLAGE 6X660ML” e “FILT BCO PIAGENTIN 2L”. O protesto procede e as autuantes os excluíram da exação por ocasião da Informação Fiscal de fls. 285-288 - demonstrativos de fls. 350-352, cópias também foram encaminhadas ao contribuinte autuado – ajustando o valor da exação para R\$ 11.434,60. Declaro a Infração 03 caracterizada no valor ajustado.

Infrações 04 e 05

Com o valor original de R\$ 269.087,37, a Infração 04 se refere a uso indevido de crédito fiscal relativo a mercadorias da ST e, com o valor original de R\$170.569,20, a Infração 05 se refere a uso indevido de crédito fiscal relativo a mercadorias isentas de tributação.

O representante legal do sujeito passivo as contesta conjuntamente alegando o cerceamento de defesa já apreciado na preliminar. No mérito, apresenta demonstrativos em que relaciona e detalha diversas mercadorias objeto da autuação original que não se enquadrariam nas situações tipificadas.

Nas Informações Fiscais de fls. 285-288 (Infração 04: demonstrativos fls. 354-386; Infração 05: demonstrativo fls. 388-403) e de fls. 425-426 (Infração 04: demonstrativos fls. 428-488) acolhendo as alegações defensivas, as autuantes excluíram da exação todas as mercadorias relacionadas na impugnação, exceto HIXIZINE XAROPE 120ML, que consta do ANEXO 01 do RICMS-BA, item 32, como mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Portanto, acolho os ajustes efetuados no procedimento fiscal e declaro caracterizada a Infração 04 no valor ajustado para R\$ 160 087,27, bem como a Infração 05 no valor ajustado para R\$15.881,62.

Quanto à alegação de exorbitância das multas propostas nada há a fazer, pois são as legalmente previstas para as infrações constatadas e por tratar de multa por descumprimento de obrigação principal o pedido de redução ou afastamento fica prejudicado por falta de previsão legal.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, cujo demonstrativo de débito passa a ser o seguinte:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Historico
Infração 01					
31/01/13	09/02/13	39 590,29	17	60	6 730,35
28/02/13	09/03/13	34 278,53	17	60	5 827,35
31/03/13	09/04/13	34 637,53	17	60	5 888,38
30/04/13	09/05/13	42 714,47	17	60	7 261,46
31/05/13	09/06/13	38 154,88	17	60	6 486,33

30/06/13	09/07/13	31 983,88	17	60	5 437,26
31/07/13	09/08/13	35 205,82	17	60	5 984,99
31/08/13	09/09/13	43 681,76	17	60	7 425,90
30/09/13	09/10/13	28 033,35	17	60	4 765,67
31/10/13	09/11/13	33 243,41	17	60	5 651,38
30/11/13	09/12/13	73 575,06	17	60	12 507,76
31/12/13	09/01/14	93 901,94	17	60	15 963,33
31/01/14	09/02/14	577 446,76	17	60	98 165,95
28/02/14	09/03/14	316 162,59	17	60	53 747,64
31/03/14	09/04/14	467 246,41	17	60	79 431,89
30/04/14	09/05/14	394 578,53	17	60	67 078,35
31/05/14	09/06/14	377 618,53	17	60	64 195,15
30/06/14	09/07/14	62 905,35	17	60	10 693,91
31/07/14	09/08/14	65 983,88	17	60	11 217,26
31/08/14	09/09/14	181 868,71	17	60	30 917,68
30/09/14	09/10/14	1 016 870,24	17	60	172 867,94
31/10/14	09/11/14	117 102,88	17	60	19 907,49
30/11/14	09/12/14	390 202,41	17	60	66 334,41
31/12/14	09/01/15	1 963 141,24	17	60	333 734,01
31/01/15	09/02/15	114 513,82	17	60	19 467,35
28/02/15	09/03/15	68 113,29	17	60	11 579,26
31/03/15	09/04/15	184 974,65	17	60	31 445,69
30/04/15	09/05/15	174 037,24	17	60	29 586,33
31/05/15	09/06/15	44 827,41	17	60	7 620,66
30/06/15	09/07/15	41 055,88	17	60	6 979,50
31/07/15	09/08/15	57 815,12	17	60	9 828,57
31/08/15	09/09/15	41 521,24	17	60	7 058,61
30/09/15	09/10/15	12 765,71	17	60	2 170,17
31/10/15	09/11/15	18 331,65	17	60	3 116,38
30/11/15	09/12/15	19 069,24	17	60	3 241,77
31/12/15	09/01/16	19 759,47	17	60	3 359,11
Total da Infração					1 233 675,24
Infração 02					
31/01/14	09/02/14	91 816,82	17	60	15 608,86
Total da Infração					15 608,86
Infração 03					
31/01/13	09/02/13	30 880,94	17	60	5 249,76
28/02/13	09/03/13	93,18	17	60	15,84
31/05/13	09/06/13	2 075,88	17	60	352,90
30/06/13	09/07/13	4 288,82	17	60	729,10
31/07/13	09/08/13	6 022,88	17	60	1 023,89
01/08/13	09/09/13	843,71	17	60	143,43
30/09/13	09/10/13	4 546,35	17	60	772,88
31/10/13	09/11/13	3 975,29	17	60	675,80
30/11/13	09/12/13	9 266,12	17	60	1 575,24
31/12/13	09/01/14	5 269,18	17	60	895,76
Total da Infração		67 262,35	17	60	11 434,60
Infração 04					
31/01/13	09/02/13	72 039,94	17	60	12 246,79
28/02/13	09/03/13	42 030,41	17	60	7 145,17
31/03/13	09/04/13	39 099,18	17	60	6 646,86
30/04/13	09/05/13	41 457,41	17	60	7 047,76
31/05/13	09/06/13	34 939,29	17	60	5 939,68
30/06/13	09/07/13	17 325,00	17	60	2 945,25
31/07/13	09/08/13	53 102,53	17	60	9 027,43
31/08/13	09/09/13	48 374,76	17	60	8 223,71
30/09/13	09/10/13	38 231,06	17	60	6 499,28
31/10/13	09/11/13	46 902,94	17	60	7 973,50
30/11/13	09/12/13	53 998,71	17	60	9 179,78
31/12/13	09/01/14	44 255,18	17	60	7 523,38
31/01/14	09/02/14	17 567,94	17	60	2 986,55
28/02/14	09/03/14	17 276,06	17	60	2 936,93
31/03/14	09/04/14	16 102,18	17	60	2 737,37
30/04/14	09/05/14	28 294,88	17	60	4 810,13
31/05/14	09/06/14	14 840,76	17	60	2 522,93
30/06/14	09/07/14	16 024,24	17	60	2 724,12
31/07/14	09/08/14	44 534,12	17	60	7 570,80
31/08/14	09/09/14	44 714,29	17	60	7 601,43
30/09/14	09/10/14	18 841,53	17	60	3 203,06

31/10/14	09/11/14	26 104,59	17	60	4 437,78
30/11/14	09/12/14	6 440,94	17	60	1 094,96
31/12/14	09/01/15	21 036,12	17	60	3 576,14
31/01/15	09/02/15	11 935,47	17	60	2 029,03
28/02/15	09/03/15	9 815,24	17	60	1 668,59
31/03/15	09/04/15	9 837,65	17	60	1 672,40
30/04/15	09/05/15	12 353,59	17	60	2 100,11
31/05/15	09/06/15	12 755,35	17	60	2 168,41
30/06/15	09/07/15	9 210,88	17	60	1 565,85
31/07/15	09/08/15	12 014,82	17	60	2 042,52
31/08/15	09/09/15	9 706,94	17	60	1 650,18
30/09/15	09/10/15	12 846,88	17	60	2 183,97
31/10/15	09/11/15	11 753,94	17	60	1 998,17
30/11/15	09/12/15	14 532,53	17	60	2 470,53
31/12/15	09/01/16	11 392,47	17	60	1 936,72
Total da Infração					160 087,27
Infração 05					
31/01/13	09/02/13	867,47	17	60	147,47
28/02/13	09/03/13	373,35	17	60	63,47
31/03/13	09/04/13	15 539,53	17	60	2 641,72
30/04/13	09/05/13	9 795,41	17	60	1 665,22
31/05/13	09/06/13	1 018,59	17	60	173,16
30/06/13	09/07/13	3 336,71	17	60	567,24
31/07/13	09/08/13	1 151,88	17	60	195,82
31/08/13	09/09/13	741,06	17	60	125,98
30/09/13	09/10/13	940,12	17	60	159,82
31/10/13	09/11/13	2 107,47	17	60	358,27
30/11/13	09/12/13	1 897,71	17	60	322,61
31/12/13	09/01/14	539,47	17	60	91,71
31/01/14	09/02/14	1 089,65	17	60	185,24
28/02/14	09/03/14	4 313,12	17	60	733,23
31/03/14	09/04/14	427,76	17	60	72,72
30/04/14	09/05/14	1 271,18	17	60	216,10
30/06/14	09/07/14	2 667,35	17	60	453,45
31/07/14	09/08/14	1 451,71	17	60	246,79
30/09/14	09/10/14	10 027,47	17	60	1 704,67
31/10/14	09/11/14	507,53	17	60	86,28
30/11/14	09/12/14	210,65	17	60	35,81
31/01/15	09/02/15	6 505,94	17	60	1 106,01
28/02/15	09/03/15	3 984,00	17	60	677,28
31/03/15	09/04/15	12 772,82	17	60	2 171,38
30/04/15	09/05/15	742,82	17	60	126,28
31/05/15	09/06/15	2 253,18	17	60	383,04
30/06/15	09/07/15	105,59	17	60	17,95
31/07/15	09/08/15	100,88	17	60	17,15
31/08/15	09/09/15	2 629,00	17	60	446,93
30/09/15	09/10/15	3 778,71	17	60	642,38
31/12/15	09/01/16	273,18	17	60	46,44
Total da Infração					15 881,62
Total Geral					1 436 687,59

Nos termos do artigo 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, a referida Junta recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos fundamentos abaixo expostos:

Inicialmente informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos, afirmando que o auto permanece maculado com a nulidade, porque o autuante acabou por incluir mercadorias cuja tributação foi feita pela alíquota correta, tendo desconsiderado, ainda o fato dos produtos autuados estarem sujeitos à substituição tributária ou possuírem redução de base de cálculo, razão pela qual exige uma diferença indevida de ICMS.

No mérito, quanto aos produtos sujeitos à substituição tributária, cita que as barrinhas de cereais se sujeitam ao regime de substituição tributária, ou seja, já foram tributados, em atenção ao Anexo 1, item 38, do RICMS/BA. Que as NCMs especificam o produto e que as barras de cereais são barras feitas de grãos como aveia, centeio, arroz e trigo.

Traz como exemplo o produto CER BAR BAN/CHO ZERO TRIO 66G, cuja base é o cereal:

Ingredientes: Glucose, flocos de arroz (farinha de arroz, farinha de milho, sal e corantes caramelo, cúrcuma e carmim cochonilha), cobertura sabor chocolate meio amargo (açúcar, gordura vegetal, cacau em pó, soro de leite em pó, emulsificantes lecitina de soja e poliricinoleato de poliglicerol e aromatizante), banana passa, maltrodextrina, aveia em flocos, purê de banana, óleo de palma, sal, emulsificante lecitina de soja, estabilizante bicarbonato de sódio, vitamina C e E e antioxidante natural tocoferol. Contém Glúten.
ALÉRGICOS: CONTÉM AVEIA E DERIVADO DE LEITE E SOJA.

Aduz que o próprio Autuante, em sua informação fiscal, reconhece que os produtos autuados possuem a NCM prevista na legislação. Logo, uma vez que o legislador previu expressamente quais as classificações que estão abrangidas pela substituição tributária, não pode a fiscalização ou o acórdão recorrido restringir o que a norma não fez.

Pontua que a primeira instância alega apenas que “salgada a mercadoria nem é”, sem trazer qualquer embasamento que justifique o entendimento contrário ao da autuada. Ora, o fato de conterem chocolate em sua composição não retira a origem do produto (cereais). O que se pretende é restringir o alcance da norma, o que não é possível.

Salienta a recorrente que quando o legislador utilizou a expressão genérica “salgados industrializados”, decerto que seria preciso uma delimitação do que seriam tais produtos, o que foi feito através da indicação das NCMs.

Quanto ao item açúcar, afirma que O ACUC FIT UNIAO SUL 500 GR, ACUC FIT SACH 400X 2.5G UNIAO, etc., também não deve ser tributado haja vista a previsão do item 1 do Anexo Único.

Salienta que o Autuante, em sentido contrário, afirma que norma abarca apenas o “açúcar de cana demerara e mascavo, inclusive quando em tabletes”. Não é difícil perceber, portanto, que há uma evidente extrapolação na interpretação dada ao disposto acima transcrito, indo o Autuante além do que a norma prevê, restringindo o que o legislador não restringiu.

Defende o recorrente que não se pode utilizar de interpretação extensiva para alterar o regime tributário pré-definido. Se a interpretação dos benefícios fiscais é feita de forma literal (art. 111 do CTN), como bem destaca o acórdão recorrido, também não é possível restringir o alcance da norma. O texto legal não especifica o tipo do açúcar, bastando que seja derivado da cana, o que é o caso do produto em questão.

Explica que o açúcar do tipo “fit” nada mais é que uma mistura do açúcar refinado com sucralose (um edulcorante derivado da cana-de-açúcar); é um adoçante obtido a partir de reações químicas específicas com moléculas de sacarose, extraída da cana-de-açúcar, conforme indicações do próprio fabricante.

Assim, a sucralose a que se refere o Autuante é um adoçante da cana-de-açúcar. Ou seja, o produto comercializado pela Recorrente não se perde a sua caracterização como açúcar derivado de cana, indicados nas NCMs 1701.1 e 1701.9.

Em relação aos produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%. Redução da base de cálculo, afirma a recorrente ser inconstitucional a medida adotada pelo Fisco Baiano ao tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, em afronta a Constituição, impõe-se a desconstituição da infração.

Aponta 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.

Cita a sentença proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, a qual foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da Bahia, de modo não haver discriminação tributária (guerra fiscal) e assevera que, diante do exposto, o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento

igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Discorre sobre a exorbitância das multas aplicadas ao Auto de Infração, requerendo o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Pede a aplicação do art. 112 do CTN em caso de dúvida para que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

E por fim, pugna pelo reconhecimento e declaração/decretação da extinção parcial do crédito tributário diante da caracterização da decadência e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

VOTO

Trata o Auto de Infração de cobrança de crédito fiscal no valor histórico de R\$1.789.091,28, em decorrência do cometimento de 5 infrações, relativas a: recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (infrações 1 e 3); recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (infração 2) e utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária e mercadorias beneficiadas com isenção (infrações 4 e 5).

Partes das alegações apresentadas pelo Contribuinte foram acatadas pela autuação, o que resultou no Recurso de Ofício a ser apreciado logo abaixo, sendo que o Sujeito Passivo reconheceu e pagou o valor histórico de R\$1.062.701,62, conforme DAE anexado às fls. 200 e 505-509.

Na infração 1, foram acatadas parcialmente as razões de defesa, tendo a fiscalização reconhecido grande parte dos itens justificados pela recorrida. Como bem resumiu o julgador de piso, foram confrontados e acatados os seguintes itens:

- a) *Redução de base de cálculo para margarinas, com respaldo no art. 268, XXVII, do RICMS-BA,*
- b) *Produtos isentos:*
 - b.1) *Farinha de milho e feijão, com respaldo no art. 265, II, “c” e “d”, do RICMS-BA;*
 - b.2) *Produtos hortifrutícolas, com respaldo no art. 265, I, “a”, do RICMS-BA e Cláusula primeira do Conv. ICMS 44/75;*
- c) *Produtos sujeitos à ST:*
 - c.1) *Chocolates e produtos de confeitaria, com respaldo no item 11 do Anexo 01 do RICMS-BA;*
 - c.2) *Óleo Combustível, por ser um produto de ST, mas indicado na autuação como mercadoria submetida ao regime normal de apuração do ICMS;*
 - c.3) *Produtos farmacêuticos e medicamentos, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 32.1;*
 - c.4) *Farinha de trigo e Derivados de trigo, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 18;*
 - c.5) *Salgados industrializados, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 38;*
 - c.6) *Ceras e preparações líquidas para limpeza, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 40.3;*
 - c.7) *Bebidas quentes e energéticos, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Itens 5.2 e 5.5;*
 - c.8) *Produtos de limpeza e inseticidas; com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 24.62;*
 - c.9) *Produtos resultados do abate de aves, suínos e bovinos, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Itens 34 e 35;*
 - c.10) *Peças de automóveis, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 28;*
 - c.11) *Ração PET, com respaldo no Anexo 01, do RICMS-BA, Item 36;*

De fato, vislumbro que agiu acertadamente a autuação ao reconhecer que certos itens pertencentes às categorias acima elencadas não deveriam ter sido gravados com a alíquota de 17%, em razão de uns participarem da ST, e outros por questões de redução de base de cálculo e

por serem isentos.

Assim, a infração 1, após os ajustes necessários, passou a valorar em R\$1.233.675,24.

Quanto a infração 2, a autuação a reduziu para R\$15.608,86 por conta do ajuste realizado em relação aos cremes vegetais e as margarinas, as quais merecem redução da carga tributária no exercício de 2013 pelas mesmas razões que foram acatadas no item “a” acima citado.

No pertinente à infração 3, a autuação informou que, por equívoco, incluiu a mercadoria espumante (FILT ROSE PERLAGE 6X660ML” e “FILT BCO PIAGENTIN 2L) no levantamento inicial, motivo pelo qual no momento da informação fiscal retirou tal item, passando a infração ao valor de R\$11.434,60.

Sobre a infração 4, a fiscalização reconhece as razões de defesa trazidas pelo contribuinte, reduzindo a infração para R\$90.398,59.

E, em relação à infração 5, após averiguar os argumentos do contribuinte, revisou e retificou os demonstrativos da autuação para R\$15.882,17.

Percebe-se claramente que após um apurado trabalho de revisão fiscal, com base nas demonstrações detalhadas pelo contribuinte na impugnação inicial e manifestações apresentadas após os trabalhos revisionais, o que permitiu à defesa o contraditório, procedeu acertadamente as autuantes na reformulação dos valores inicialmente estipulados, motivo pelo qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Inconformada com parte da decisão, a recorrente, em sede de Recurso Voluntário, insurgiu-se contra a manutenção de alguns itens que permaneceram na autuação. São eles: Barra de Cereal, Açuc Fit União Sul 500 GR, Açuc Fit Sach 2,5G União e redução da base de cálculo (de 17% para 7%) para leite “longa vida” de outros Estados da Federação em conformidade com o adotado para o leite “longa vida” produzido no Estado da Bahia.

Quanto ao leite “longa vida” produzido em outro Estado, não cabe o entendimento do Sujeito Passivo.

A Recorrente defende tratar-se de hipótese de redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12 (vigente à época dos fatos geradores). Vejamos o disposto na norma:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

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

Conforme observado de forma clara na norma em apreço, o benefício fiscal exige o requisito de que o leite tenha sido fabricado no Estado da Bahia.

A Recorrente, todavia, defende que tal redução deve ser aplicada também nas operações relativas ao leite “longa vida” produzido em outros Estados da federação, sendo tal condicionante (redução apenas para os produtos fabricados no Estado da Bahia) uma afronta ao Princípio Constitucional da “vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens, em razão da procedência ou do seu destino”.

Saliento 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.”

No pertinente ao item “Barra de Cereal”, a recorrente alega que as barrinhas de cereais se sujeitam

ao regime de substituição tributária, ou seja, já foram tributados, em atenção ao Anexo 1, item 38, do RICMS/BA. Que as NCMs especificam o produto e que as barras de cereais são barras feitas de grãos como aveia, centeio, arroz e trigo.

Ora, apesar de pertinente a alegação do contribuinte, a mesma não deve prosperar, eis que barra de cereal não é um salgado industrializado. Inclusive, o próprio contribuinte não dá a ela o tratamento de produto sujeito a ST, uma vez que nas notas fiscais de entrada no estabelecimento constam a alíquota de 17%, bem como na escrituração nos registros fiscais dos documentos de entradas de mercadorias e aquisições de serviços contidos no processo.

Em relação ao produto açúcar, o tipo autuado diz respeito ao açúcar “fit” que, para a recorrente, nada mais é que uma mistura do açúcar refinado com sucralose (um edulcorante derivado da cana-de-açúcar); é um adoçante obtido a partir de reações químicas específicas com moléculas de sacarose, extraída da cana-de-açúcar, conforme indicações do próprio fabricante. Assim por tal razão, deve ser enquadrado ao regime ST, conforme Anexo 1 do RICMS/12.

Contrariando o entendimento do contribuinte, observo que o legislador quis beneficiar com a substituição tributária tão somente o açúcar de cana, quais sejam: cristal, demerara e mascavo, inclusive o açúcar refinado (mesmo em tabletes).

O açúcar contendo sucralose, em que pese seja açúcar, mais se assemelha a um composto, uma vez que teve adicionado em sua composição a sucralose, descaracterizando o que a norma quis contemplar: o açúcar puro.

Assim, pelas razões acima expostas, entendo que não merece nenhum reparo a Decisão recorrida.

Quanto a redução da multa aplicada, este Conselho de Fazenda não tem competência pra cancelar/reduzir as multas de natureza principal, motivo pelo qual tal alegação não poderá ser apreciada.

Ademais, descabe a aplicação do art. 112 do CTN, uma vez que há dúvida sobre a matéria apreciada.

Nestes termos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores devidamente pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129712.00003/16-4**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.436.687,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS