

**A. I. Nº** - 278904.0019/17-6  
**AUTUADO** - WAL MART BRASIL LTDA. - (WMB SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.)  
**AUTUANTE** - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 30/06/2022

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0093-04/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS COM BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NÃO PREVISTA PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Acolhidos os argumentos defensivos em relação aos produtos sujeitos ao regime de substituição tributária e aqueles com redução da base de cálculo (produtos de informática). 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. Mantida a exigência fiscal em relação a estes itens, com aplicação da alíquota de 17% sobre as operações de saídas internas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Não acatado o argumento de confiscatoriedade das multas aplicadas. Não apreciado o pedido de declaração de inconstitucionalidade da legislação baiana. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2017, e refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 513.175,84, em razão da constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 03.02.05 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$37.412,95;

Infração 02 – 03.02.05 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$475.762,89.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 39 a 71, inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Após transcrever o teor das infrações assevera serem totalmente improcedentes a exigência fiscal porque o Autuante acabou por incluir mercadorias que foram tributadas corretamente, tendo a fiscalização desprezado a redução de base de cálculo ou isenção concedida para os produtos autuados, bem como os que estão sujeitos à substituição tributária.

Em seguida arguiu nulidade do feito afirmando haver preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em razão de ausência de comprovação, asseverando que segundo o art. 2º do Decreto nº 7.629/99 (RPAF), “*na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.*”.

Destaca que não foi respeitado um dos requisitos para liquidez do auto de infração, que 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, respeitando, dessa forma, 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, cujo teor transcreve.

Ressalta que o Autuante, no corpo do auto de infração, discorre que a comprovação da exigência tem por base um demonstrativo fiscal, no qual apresenta o número da nota fiscal, o CNPJ do emitente, o produto e seus respectivos valores e os produtos constantes do estoque.

Observa que o Autuante, embora mencione, não apresentou os documentos fiscais mencionados em seu demonstrativo e, ainda assim pretende acusar a Impugnante de recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação equivocada de base de cálculo.

Assevera que se o Fisco não apresentou as notas fiscais analisadas para a conclusão da infração, este não logrou por comprovar sua constatação, bem como os dados dispostos na planilha apresentada.

Diz que na planilha intitulada “INFRAÇÃO NR 02 Deb Menor Erro ct-ecf\_AIIM 2789040019\_17\_6 Loja 4936 ...”, o Autuante apresenta o seguinte cenário:

Notas Fiscais Autuadas	Descrição do Produto com suposta utilização equivocada de alíquota:
1410	“XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX”
1411	

Questiona como a Impugnante pode argumentar que a pretensa aplicação da alíquota de 17% sobre tal mercadoria é indevida se não tem como saber de que produto se trata exatamente. Assim, ao não descrever o produto, o Autuante, além de não indicar a norma que rege a tributação do mesmo, impossibilita a sua verificação.

Nesse contexto, questiona: qual o produto autuado? Qual a norma infringida pela Impugnante? Onde está a previsão de que a alíquota correta é a de 17%?

Entende que não sendo possível responder aos questionamentos acima, resta patente que o Autuante não se desincumbiu do ônus da comprovação dos fatos por ele alegados, perfilhando sentido contrário à Verdade Material e aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, impedindo também, que o órgão julgador formule um juízo de valor sobre a matéria posta em julgamento.

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

Isso porque, ausente à documentação fiscal mencionada no Auto 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.

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.

Dizendo confirmar sua assertiva, aduz que o § 1º do art. 39 do RPAF, só excepciona as exigências meramente formais. E 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, entende, que a ausência dos documentos fiscais mencionados pelo Autuante não é passível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Como paradigma de sua tese, reproduz diversos julgados do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE), no sentido de que a 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, posto que não apresentou as planilhas impressas em sua totalidade.

Destaca que sequer a chave de acesso dos documentos foi indicada na planilha base da autuação. Portanto, esta falha é suficiente para demonstrar que o levantado pela fiscalização e apresentado não é suficiente, pois a liquidez e certeza só se comprovam mediante a demonstração de todos os dados que compõem o valor exigido, uma vez que o ato administrativo, para ter validade e exigibilidade, deve estar revestido dos seguintes elementos: agente, objeto, forma, motivo e o fim.

Afirma 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. Necessitaria o Autuante, no mínimo, apresentar os documentos que lhe deu respaldo.

Cita como espeque 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.

Afirma que para se afastar por completo toda e qualquer confusão, e para que inexistam dúvidas, que 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, todavia, diz que o Fisco assim não agiu, pois apresentou um débito sem os documentos correlatos, o que entendeu a defesa repercutir em ofensa do direito ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente assegurado à Impugnante (art. 5º, LV, da Constituição).

Rproduz o art. 18, II, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, que dispõe ser nulos os atos proferidos com preterição do direito de defesa e que desobedeçam a dispositivos expressos em lei, trazendo também excertos de julgados deste CONSEF.

Remata impor-se a declaração de nulidade do Auto de Infração, primeiro porque desobedeceu a dispositivos expressos em lei; e, segundo, porque essa insegurança repercute no amplo direito de defesa da Impugnante.

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

Ao adentrar aos fundamentos de mérito da autuação, passa a apontar, na infração 01 o que considera como equívocos praticados pelo autuante, indicando itens com redução de base de cálculo, no caso, Produtos de Informática, dizendo que neste ponto o erro da fiscalização foi ter desconsiderado a previsão do art. 266, XIII, do RICMS/BA, que concede redução de base de cálculo para os produtos de informática.

Acrescenta que os produtos autuados se enquadram nos itens elencados pelo dispositivo acima citado:

Produto Autuado	Item do art. 266, XIII
CARTUCHO 670XL MAGE CARTUCHO 670XL AMARE CARTUCHO PRETO HP74 CARTUCHO 670XL CIAN	9612.10.90 - Cartuchos de tinta para impressoras jato de tinta e fitas para impressoras matriciais
MONITOR LG 19.5	8528.4 - Monitores com tubo de raios catódicos 8528.5 - Outros monitores
ROTEADOR E900BR ROTEADOR E2500	8517.62.4 - Roteadores digitais, em redes com ou sem fio

Pede a improcedência relativa a esta exigência.

Em seguida indicou ainda os produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%, LEITE ITAMBE, LEITE NINHO, LEITE MOLICO EM PO, LEITE PARMALAT, LEITE NINHO INTEGRAL, e demais produtos semelhantes.

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, inciso XXV).

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?

Assim, considerando que o Estado confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta à Constituição, e 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.

Em relação à infração 02 diz que os produtos a seguir indicados estão incluídos na substituição tributária, cujos impostos já foram recolhidos pelos respectivos fornecedores;

Produto Autuado	Previsão da substituição tributária – Anexo I do RICMS/BA
LINGUICA DE JAVALI ENT TRANCHE DE PERNI ENT CARRE CTE FRANCE	Item 34 - Produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos salgados ou temperados, exceto charque e jerked beef - 0201; 0202; 0203; 0204; 0206; 0209 e 0210
TRAMPOLIM	Brinquedos, triciclos, patinetes, carros de pedais e outros brinquedos semelhantes de rodas; carrinhos para bonecos; bonecos; outros brinquedos; modelos reduzidos e modelos semelhantes para divertimento, mesmo animados; quebra-cabeças (“puzzles”) de qualquer tipo – 9503
LINGUICA TOSCANA	Item 35-A - Enchidos (embutidos), tipo chouriço, salame, salsicha, mortadela,

LINGUICA PORTUGUESA FIAMBRE C/ LEGUMES K SALSICHA HOT DOG SALAME ITALIANO SALAME MILANO SALAME ABRUZZESE PEPPERONI FATIADO SALSICHA SEARA APRESUNTADO FATIADO MORTADELA BOLOGNA MORTADELA DEFUMADA PEITO DE PERU FAT PRESUNTO FATIADA MORT BOLOGNA OURO LINGUICA CALABRESA LING.CARNE SUINA TC	presunto, tender, lingüiça e produtos semelhantes, de carne, miudezas ou sangue - NCM 1601 e 1602.  Nota: O item “35-A” foi revogado pelo Decreto nº 15.921, de 03/02/15, DOE de 04/02/15, efeitos a partir de 04/02/15.  As operações autuadas ocorreram antes da revogação do item.												
ALCOOL TRADIC 46 ALCOOL GEL ACENDEDOR	Item 25.24 – Álcool etílico para limpeza - 2207.1 2207.20.1  Nota: O item 25 foi revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15. Redação anterior do caput item 25, <b>efeitos até 31/01/15</b> .  As operações autuadas ocorreram antes da revogação do item.												
POTE PACOCA HERSHEY'S BARRA NUTRY 24X20GR BARRA COCO LIGHT BOMBOM SOFIA 270G	Item 11 - Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1												
SUPORTE DE PAPEL KIT PARA BANHEIRO	Item 24.63 - Artefatos de higiene ou de toucador, e suas partes, de ferro fundido, ferro ou aço – 7324												
TAPETE INFANTIL TAPETE DE LA INDIANO TAPETE CHENILLE JG 2 TAPETES BANHO	Item 24.25 - Tapetes e outros revestimentos para pavimentos (pisos), de matérias têxteis, tufados, mesmo confeccionados – 5703												
COMBO DE MASSINHA KIT DE CRIATIVIDADE	Item 27.16 - Massas ou pastas para modelar, próprias para recreação de crianças - 3407.00.1												
AMENDOIA/AVELA SORT CASTANHA PORTUGUESA	Item 38 - Salgados industrializados: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19												
TAFFMAN E	Item 6 - Bebidas energéticas e isotônicas – 2106.9 e 2202.9  INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 04/09 item 5.10 - Pauta Fiscal para o produto:  <b>5.10</b> BEBIDA ENERG. (REPOSIT.) EMB. VIDRO ATÉ 500 ML <table><tr><th>ESPECIFICAÇÃO</th><th>UNIDADE</th><th>VALOR</th></tr><tr><td>Hiline</td><td>UM</td><td>1,85</td></tr><tr><td>Outras</td><td>UN</td><td>0,94</td></tr><tr><td>Taff Man "E"</td><td>UN</td><td>1,69</td></tr></table>	ESPECIFICAÇÃO	UNIDADE	VALOR	Hiline	UM	1,85	Outras	UN	0,94	Taff Man "E"	UN	1,69
ESPECIFICAÇÃO	UNIDADE	VALOR											
Hiline	UM	1,85											
Outras	UN	0,94											
Taff Man "E"	UN	1,69											

Assim, mais estes itens devem ser excluídos da autuação.

#### Produtos com redução de base de cálculo:

Neste ponto, reitera os argumentos expostos no tópico anterior quanto aos produtos de informática (art. 266, XIII, do RICMS): ROTEADOR E2500, MONITOR LG 19.5, ROTEADOR E900BR e

REPETIDOR RE1000.

### **Produtos Isentos**

Assevera que a fiscalização equivoca-se ao exigir o ICMS de produtos cujas saídas são desoneradas do imposto em razão da isenção concedida, indicando os produtos: PIMENTA VERMELHA; GRAO DE BICO 3X500GR; SALADA RUSSA CONG; BROCOLIS CONGELADO; ERVILHA CONGELADA; MIXED NUTS 1KG; MORANGO CONGELADO e SALADA VERAO CONG que não sofrem incidência tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção, conforme determinado no art. 265 do RAICMS.

Quanto aos “produtos hortifrutícolas improcede o argumento de que, por se tratar de produto desidratado ou congelado, restaria descaracterizado o seu estado natural, na medida em que a desidratação ou congelamento do vegetal não altera suas características ou composição química, nem configura qualquer tipo de transformação ou processamento, permanecendo o produto tal qual fora retirado da natureza.

Enfatiza que o produto em estado natural é aquele que mantém suas características originais, não sendo assim considerado quando submetido a processo de industrialização (o que não é o caso em questão), não considerando, para tanto, sua temperatura ou nível de água (frescos, resfriados, congelados ou desidratados).

Ressalta que o mero acondicionamento para transporte, regra geral, não descaracteriza o estado natural da mercadoria, posto que, assim como o congelamento, apenas contribui para higienização e segurança no consumo de tais produtos.

Diz ser razoável que se defina o produto in natura como todo alimento de origem vegetal ou animal, para cujo consumo imediato se exija, apenas, a remoção da parte não comestível e os tratamentos indicados para sua perfeita higienização e conservação.

Tanto é assim que, em caso idêntico ao presente, esta Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas desidratados equivalem ao estado natural. Transcreve trecho do parecer GECOT 543/99.

Acrescenta que o Superior Tribunal de Justiça, em recente precedente, determinou que os processos de branqueamento, congelamento e embalagem NÃO são capazes de retirar a condição de alimentos in natura, *“pois não alteram a natureza nem a apresentação do produto, mas tão somente permitem maior longevidade das qualidades próprias dos alimentos para fins de sua comercialização”*, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso concreto, diante da similaridade das situações tratadas, e transcreve trechos do referido acórdão, cuja íntegra informa estar anexando.

Assevera que os itens em questão, da forma em que são comercializados, trazem maior praticidade no preparo dos alimentos e maior garantia quanto à qualidade sanitária do produto, mantendo as características sensoriais e nutricionais do vegetal fresco, razão pela qual não há dúvidas que estão abrangidos pelo benefício da isenção ora abordado.

### **-Produtos tributados com a alíquota de 7%: MILHO VERDE QUERO e POPCORN MICRO YOKI:**

Assevera que foram tributados pela alíquota de 17%, desprezando, entretanto, a previsão contida no art. 16 da Lei Estadual nº. 7.014/96 e no próprio RICMS/BA, frisando que não houve especificação feita pelo legislador, seja em razão do tipo ou destinação do grão. Dessa forma, não pode a fiscalização fazer uma destinação sem previsão legal, como assim o fez no presente caso.

**-Composto lácteo e leite em pó:** Reitera os argumentos apresentados no tópico anterior a respeito da impossibilidade de restrição da redução de base de cálculo para os produtos fabricados no Estado da Bahia, por ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da proibição de discriminação tributária em razão da procedência ou destino.

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.

Invocando o art. 112 do CTN, requer a aplicação da interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração.

Finaliza solicitando o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da impropriedade da exigência fiscal. Não sendo este o entendimento requer a redução ou o afastamento da multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas.

O Autuante em sua informação fiscal, às fls. 104 a 111 inicialmente transcreve o teor das infrações e faz um resumo dos argumentos defensivos registra que a auditoria foi executada de forma regulamentar, com a devida ciência do ato fiscalizatório mediante intimação da empresa autuada em 17/07/2017, relativa às suas movimentações efetuadas ao longo dos exercícios 2014 a 2015, que finalizou com a lavratura do presente Auto de Infração em 29/09/2017, conforme visto entre as fls.01 e 10 do PAF.

Acrescenta que as infrações apontadas foram devidamente caracterizadas, sendo possível determinar sua natureza, data de ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário, nos termos do que dispõe o citado art. 39 do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99, conforme verificado no demonstrativo de débito trazido entre as folhas 01 e 07 do PAF.

Rejeita toda e qualquer tentativa de desqualificar a presente auditoria, afastando a preliminar de nulidade suscitada, por restar descaracterizada a alegação de cerceamento de defesa, inclusive, conforme demonstrado pela própria defendente ao trazer questionamentos recheados de informações detalhadas colhidas da peça de autuação. Assim, considera vencida a preliminar de nulidade.

Adentra no mérito da autuação, registrando que, após feita a análise minuciosa de cada uma das mercadorias trazidas nos itens 5 e 6 da peça de defesa, Infrações 1 e 2, conclui-se que assiste razão à autuada em relação à parte dos itens apontados, listados a seguir, razão pela qual foram os mesmos excluídos do cálculo do ICMS devido, conforme demonstrativo de débito que informa estar anexando:

- Produtos sujeitos ao regime de substituição tributária (Anexo Único do RICMS/Ba):
  - LINGUIÇA DE JAVALI, ENT TRANCHE DE PERNIL, ENT CARRE CTE FRANCE (Anexo Único RICMS/BA, Item 34 - NCM 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0209 e 0210);
  - TRAMPOLIM (NCM 9503);
  - POTE PACOCA HERSHEY'S, BARRA NUTRY 24 X 20GR, BARRA COCO LIGHT (Item 11 do (NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.09.1);
  - SUPORTE DE PAPEL, KIT PARA BANHEIRO (Item 24.63 - NCM 7324);
  - TAPETE INFANTIL, TAPETE DE LA INDIANO, TAPETE CHENILLE, JG 2 TAPETES DE BANHO (Item 24.25 – NCM 7324);
  - AMENDOIA/AVELA SORT, CASTANHA PORTUGUESA (Item 38 – NCM 1904.1, 1904.9, 2005.2,

2008.11 e 2008.19);

- TAFFMAN E (Item 6 – NCM 2106.9 e 2201.9).
- LINGUIÇA TOSCANA, LINGUIÇA PORTUGUESA, FIAMBRE COM LEGUMES K, SALSICHA HOT DOG, SALAME ITALIANO, SALAME MILANO, SALAME ABRUZZESE, PEPPERONI FATIADO, SALSICHA SEARA, APRESUNTADO FATIADO, MORTADELA BOLOGNA, MORTADELA DEFUMADA, PEITO DE PERU FAT, PRESUNTO FATIADA, MORT BOLOGNA OURO, LINGUIÇA CALABRESA, LING. CARNE SUINA TC (Anexo Único RICMS/BA, Item 35-A - NCM 1601 e 1602 – saídas havidas no período de vigência da ST para estes produtos, entre 01/01/2015 e 03/02/15);

Quanto aos demais itens diz que não se aplica a pretensão da autuada, pelas razões expostas a seguir.

“Os chamados “Produtos de informática”, citados tanto no 5, quanto no item 6 da defesa, quais sejam CARTUCHOS (NCM 96121090); MONITOR LG 19.5 (NCM 85284); ROTEADOR E900BR, ROTEADOR E2500 (NCM 8517624), REPETIDOR RE1000, embora de fato amparados pela redução de base de cálculo prevista no inc. XIII do art. 266 do RICMS/Ba, a carga tributária final prevista não seria equivalente aos 7% (sete por cento) aplicados pela autuada em suas operações de saídas, justificando as diferenças apuradas na presente autuação, demonstradas no anexo 4 do PAF.”

Quanto aos produtos citados no item 5 da defesa, LEITE EM PÓ e COMPOSTO LÁCTEO, registra que, mais uma vez, não se mostra cabível a pretensão da autuada uma vez que a redução de BC de cálculo pretendida, prevista no inc. XXV do art. 268 do citado RICMS/Ba se aplica tão somente aos produtos fabricados na Bahia, o que, sem qualquer dúvida, não é o caso dos produtos objeto da autuação.

No que concerne aos demais produtos de NCM 1601 e 1602, com exceção das saídas havidas no curto período em que estes produtos estiveram sujeitos ao regime de substituição tributária, entre 01/01/2015 e 03/02/2015, já mencionadas anteriormente, as demais diferenças apontadas pela auditoria são procedentes pois decorreram tão somente de erro na determinação da base de cálculo, conforme se depreende da análise dos demonstrativos trazidos no Anexo 4 do PAF.

De forma similar, não procede a pretensão da autuada em relação aos produtos a seguir elencados, tendo em vista não figurarem no rol de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária no período da autuação:

ALCOOL TRADIC 46, ALCOOL GEL ACENDEADOR (Anexo Único RICMS/BA, Item 25.24 - NCM 2207.1 e 2207.20.1 - vigência até 01/01/15); BOMBOM SOFIA 270G, NCM 18062000, não enquadrado no Item 11 do (NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.09.1); COMBO DE MASSINHA, KIT DE CRIATIVIDADE NCM 3407.00.9, não enquadrado no item 27.16 – NCM 3407.00.1;

Por sua vez, os produtos horti-frutícolas são isentos, desde que não destinados à industrialização, conforme previsto na alínea “a” do inc. I do art. 265 do RICMS/Ba, aprovado pelo Dec. 13.780/12.

Igualmente, não se aplica a redução de base de cálculo prevista na alínea “a” do inc. I do art. 16 da Lei 7014/96, uma vez que a mesma contemplaria milho in natura, não se aplicando em ambos os produtos listados pela autuada.

Em resumo, dentre o rol de cerca de 23.400 itens analisados e os cerca de 2.500 apontados inicialmente pela auditoria em razão da falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS nas operações de saídas em razão de erro na determinação da base de cálculo ou erro na carga tributária aplicada na saída para consumidores finais, uma minoria apontada pela autuada como indevidamente considerada foi acatada e excluída do cálculo do imposto devido, conforme demonstrativos em anexo, mantendo-se, no entanto, a esmagadora maioria dos itens, os quais sequer foram contestados pela autuada em sua peça de defesa, conforme visto entre as fls. 39 a 101 do PAF.

No que concerne às multas, cabe esclarecer que estas foram aplicadas, por dever de ofício, com



fulcro no inc. II do art. 42 da Lei 7.014/96 aplicável às operações de movimentação de mercadorias sujeitas à tributação do ICMS, não cabendo na presente auditoria discussões acerca de sua pertinência ou proporcionalidade.

Por fim ressalta que em 07/12/2017, portanto um dia após a apresentação de sua peça de defesa, a autuada efetuou recolhimento de parte do montante exigido na presente autuação, no total, entre valor histórico e acréscimos legais cabíveis, de R\$ 285.481,33 (duzentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e oitenta e um reais, trinta e três centavos).

Conclui pela Procedência Parcial da única infração de número 01, resultando no valor histórico devido a título do ICMS de **R\$477.715,66 (quatrocentos e setenta e sete mil, setecentos e quinze reais, sessenta e seis centavos)**, e acréscimos legais cabíveis, conforme demonstrativo anexado à fl. 112.

Às fls. 129 a 140 o sujeito passivo se pronuncia afirmando que o Auditor Fiscal excluiu uma série de itens do seu levantamento, mantendo, entretanto, a exigência para alguns produtos que foram tributados corretamente pela Impugnante. Assim, a manutenção dos argumentos apresentados pela fiscalização, no seu entendimento não merecem prosperar, pelos fundamentos que passa a expor.

#### Dos produtos de informática:

Diz que o erro da fiscalização foi ter desconsiderado a previsão do art. 266, XIII, do RICMS/BA, que concede redução de base de cálculo para os produtos de informática, pois o Autuante faz incidir a nova redação do art. 266, XIII, dada pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, e que produziu efeitos a partir de 01/02/17.

Assim, o exercício autuado (2015), para fins de determinação do aspecto quantitativo do fato gerador (alíquota e base de cálculo), é regido pela redação original do referido dispositivo, que previa a carga tributária de 7% para os produtos de informática, não havendo que se falar em retroatividade.

Em relação ao produto leite longa vida, leite em pó e composto lácteo em pó repete os mesmos argumentos da inicial.

#### Produtos sujeitos à substituição tributária:

O Autuante manteve a exigência para o ALCOOL TRADIC 46 e ALCOOL GEL ACENEDOR, sob a alegação de que tal sistemática só foi vigente até 01/01/2015. Ocorre que os efeitos se estenderam até 31/01/2015, conforme indicação legislativa abaixo:

Item	Mercadoria – NCM	Acordo Interestadual/ Estados signatários	MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas aquisições de UF não signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)	MVA nas operações internas
Redação anterior dada às colunas “Acordo Interestadual/ Estados signatários” e “MVA nas aquisições de UF signatária de acordo interestadual (conforme a Aliq. interestadual aplicada no estado de origem)” do item 25.14 face à publicação do Prot. ICMS 95/14, que revogou o Prot. ICMS 106/09; e do Prot. ICMS 96/14, que excluiu a Bahia do Prot. ICMS 27/10, <u>todos com efeitos a partir de 01/01/15. (Art. 289, § 16), todas as colunas efeitos até 31/01/15:</u>					
“25.14	Álcool etílico para limpeza - 2207.1 2207.20.1	Não tem	Não tem	60,22% (Aliq. 4%) 55,21% (Aliq. 7%) 46,86% (Aliq. 12%)	38,52%”

Ou seja, o item 25 foi revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15. Redação anterior do caput item 25, efeitos até 31/01/15, e as operações autuadas ocorreram antes da revogação do item. Assim, mais estes itens devem ser excluídos da autuação.

Da mesma forma, as massinhas de modelar devem ter a substituição tributária reconhecida por estarem enquadradas na NCM 3407.001.1 prevista no item 27.16 do Anexo I do RICMS:

Produto Autuado	Previsão da substituição tributária – Anexo I do RICMS/BA
COMBO DE MASSINHA KIT DE CRIATIVIDADE	Item 27.16 - Massas ou pastas para modelar, próprias para recreação de crianças - 3407.00.1

NCM	Descrição
34070010	34070010 - PASTAS PARA MODELAR

Conclui que a alegação genérica trazida na manifestação fiscal no sentido de que as mercadorias não estariam enquadradas no item 27.16 do Anexo I do RICMS não procede.

**Produtos hortifrutícolas e dos produtos tributados com a alíquota de 7%:**

Diz ser equivocada a premissa do autuante de tributar com base na alíquota de 17% produtos que não sofrem oneração tributária por estarem acobertados pelo benefício da isenção (art. 265, I, “a”, do RICMS/BA (Dec. 13.780/12). É o caso dos seguintes itens: PIMENTA VERMELHA, GRAO DE BICO 3X500GR, SALADA RUSSA CONG, BROCOLIS CONGELADO, ERVILHA CONGELADA, MIXED NUTS 1KG MORANGO CONGELADO, SALADA VERA0 CONG, etc.

Da mesma forma, entende o Autuante que os produtos MILHO VERDE QUERO e POPCORN MICRO YOKI seriam tributados pela alíquota de 17%, desprezando, entretanto, a previsão contida no art. 16, da Lei Estadual nº 7.014/96 e no próprio RICMS/BA e repete os mesmos argumentos defensivos em relação ao tratamento tributário privilegiado para os produtos hortifrutícolas.

Finaliza pedindo a Improcedência do Auto de Infração.

O processo foi encaminhado ao autuante para se manifestar e à fl. 142 o mesmo se pronuncia afirmando que todos os argumentos trazidos pela autuada já haviam sido apreciados. Acrescenta que não foram trazidos fatos novos e ratifica o contido na Informação Fiscal anterior.

Às fls.145 a 146 foi anexado Extrato de pagamento emitido pelo Sistema SIGAT desta Secretaria, referente ao pagamento histórico de R\$243.346,63 e R\$3.223,31 da infração 01 e infração 02, respectivamente, com o benefício de Lei.

Considerando que na Informação Fiscal o autuante manteve os PRODUTOS DE INFORMÁTICA: CARTUCHO 670XL MAGE; CARTUCHO 670XL AMARE; CARTUCHO PRETO HP74; CARTUCHO 670XL CIAN- NCM 9612.10.90; MONITOR LG 19.5- NCM 8528.4 E 8528.5; ROTEADOR E900BR; ROTEADOR E2500-NCM 8517.62.4, justificando que foi aplicada a alíquota de 17% ao invés de 7%, pois não foi concedida a redução de base de cálculo prevista no art. 266 do inciso XIII do RICMS/BA.

Em contrapartida o autuado afirma que o Autuante faz incidir a nova redação do art. 266, XIII, dada pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, e que produziu efeitos a partir de 01/02/17. Assim, o exercício autuado (2015), para fins de determinação do aspecto quantitativo do fato gerador (alíquota e base de cálculo), é regido pela redação original do referido dispositivo, que previa a carga tributária de 7% para os produtos de informática.

Além dos itens acima questionou a manutenção na exigência fiscal dos produtos sujeitos à substituição tributária, no caso: ALCOOL TRADIC 46 e ALCOOL GEL ACENDEDOR, sob a alegação de que tal sistemática só foi vigente até 01/01/2015, porém os efeitos se estenderam até 31/01/2015, pois o item 25 do Anexo I do RICMS foi revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15, e as operações autuadas ocorreram antes da revogação do item.

Da mesma forma, as massinhas de modelar enquadradas na NCM 3407.001.1 também devem ser excluídas por estarem inseridas no item 27.16 do Anexo I do RICMS.

Diante das considerações supra decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem para que o fiscal autuante elaborasse demonstrativo analítico das operações relativas aos produtos anteriormente citados, para cada infração, totalizando mensalmente os valores devidos daqueles produtos.

Após, foi solicitado que a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos novos elementos anexados pelo autuante, concedendo-lhe o prazo de 10 para se manifestar, querendo.

No atendimento da diligência, fl. 155, o autuante informa que foram elaborados os demonstrativos de débito relativos aos itens CARTUCHOS; MONITORES; ROTEADORES; ALCOOL e MASSA DE MOELAR, fls.158 a 164.

A Autuada se pronuncia às fls. 170 a 178 dizendo que após a determinação da diligência fiscal foram apresentados demonstrativos excluindo os itens por ela questionados. Assim, o saldo remanescente da presente autuação passa a ser exclusivamente em relação ao leite longa vida, leite em pó e composto lácteo e reitera os argumentos anteriormente externados em relação aos referidos itens.

Pede o reconhecimento da improcedência do saldo remanescente, diante das exclusões indicadas pela diligência fiscal e do pagamento parcial efetuado, bem como da improcedência da exigência fiscal para o leite longa vida, composto lácteo e leite em pó.

O autuante foi cientificado e se pronuncia à fl. 184 dizendo que a argumentação trazida pelo defendente se refere exclusivamente às exigências relativas as mercadorias leite longa vida , leite em pó e composto lácteo as quais já foram foco de apreciação na sua in formação Fiscal de fls 104 a 125. Portanto, ratifica o contido na diligência fiscal de fls. 155 a 168 do PAF.

Na sessão de Julgamento realizada em 28/04/2022 foi realizada sustentação oral por videoconferência pela representante legal da empresa que reiterou seus argumentos expostos na inicial e posteriores manifestações.

Acrescentou que existe recente decisão deste Conselho, no caso o acórdão CJF 0293-11/21 no sentido de aplicar o benefício da redução da base de cálculo previsto no RICMS/BA às saídas de leite e composto lácteo de fabricação em outras Unidades da Federação, conforme utilizado pela autuada.

Tendo em vista que foram trazidas informações importantes para o deslinde da questão o processo foi adiado para a sessão do dia 03 de maio de 2022 e posteriormente para 05 deste mesmo mês.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Larissa Vaz Galindo de Araújo, OAB/BA nº 38.692, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## **VOTO**

Argui o impugnante a nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa e descumprimento do dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação das supostas infrações. Alega o autuado, que o Fisco além de não ter apresentado os documentos fiscais mencionados no seu demonstrativo, sequer indicou a chave de acesso dos mesmos.

Certamente que não pode prosperar a pretensão defensiva. Primeiro, porque a auditoria foi realizada com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD, portanto, todos os documentos apontados no levantamento fiscal são de sua emissão e estão informados em sua escrita fiscal, afastando por completo qualquer dúvida quanto o eventual cerceamento de defesa, pois a acusação pode incontestavelmente ser revisada a partir das informações constantes dos demonstrativos fiscais pela simples comparação com os documentos em poder da autuada.

Ademais, o próprio impugnante reconheceu parcialmente as referidas infrações, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme atesta o extrato de pagamento do PAF, emitido pelo Sistema Integrado de Getã da Administração Tributária- SIGAT, fls. 144 a 146. Por certo que o impugnante antes de reconhecer e efetuar os pagamentos procedeu uma análise detalhada das acusações especialmente, das planilhas e demonstrativos elaborados pela Fiscalização, que lhe foram entregues. Logo 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, aliado ao fato de que na Defesa apresentada e Manifestações posteriores, de forma fundamentada e detalhada, contestou diversos itens, demonstrando conhecer perfeitamente as acusações que lhe foram imputadas.

Sendo assim, concluo não ter verificado nos autos nenhuma ofensa aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa. Ao contrário, constatei que foram apresentados todos os dados necessários à comprovação do valor exigido, concomitante minuciosa descrição da infração, acompanhada das indicações clara dos documentos que a comprovam de forma que em nenhum momento foi impedido a Impugnante de exercer o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa, tudo em total conformidade com o art. 39, VI, do RPAF.

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas.

No mérito, ambas as infrações tratam do recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado alega descaber a exigência quanto às seguintes mercadorias:

Infração 01 e 02

PRODUTOS DE INFORMÁTICA: CARTUCHO 670XL MAGE; CARTUCHO 670XL AMARE; CARTUCHO PRETO HP74; CARTUCHO 670XL CIAN- NCM 9612.10.90; MONITOR LG 19.5- NCM 8528.4 E 8528.5; ROTEADOR E900BR; ROTEADOR E2500-NCM 8517.62.4.

Alega que foi aplicada a alíquota de 17%, ao invés de 7% para os referidos produtos, pois não foi concedida a redução de base de cálculo prevista no art. 266, do inciso XIII do RICMS/BA.

LEITE EM PÓ: LEITE ITAMBE, LEITE NINHO, LEITE MOLICO EM PO, LEITE PARMALAT, LEITE NINHO INTEGRAL, e demais produtos semelhantes

Reclama que no levantamento elaborado pela fiscalização não levou em consideração a redução da base de cálculo prevista na legislação, aplicando de forma equivocada a alíquota de 17%, ao invés de 7%:

Infração 02: PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, INDICADOS NO Anexo I do RICMS/BA

- LINGUIÇA DE JAVALI, ENT TRANCHE DE PERNIL, ENT CARRE CTE FRANCE (Item 34 - NCM 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0209 e 0210);
- TRAMPOLIM (Item 7 - NCM 9503);
- LINGUIÇA TOSCANA, LINGUIÇA PORTUGUESA, FIAMBRE COM LEGUMES K, SALSICHA HOT DOG, SALAME ITALIANO, SALAME MILANO, SALAME ABRUZZESE, PEPPERONI FATIADO, SALSICHA SEARA, APRESUNTADO FATIADO, MORTADELA BOLOGNA, MORTADELA DEFUMADA, PEITO DE PERU FAT, PRESUNTO FATIADA, MORT BOLOGNA OURO, LINGUIÇA CALABRESA, LING. CARNE SUINA TC (Item 35-A - NCM 1601 e 1602 - vigência entre 01/01/2015 e 03/02/15);
- ALCOOL TRADIC 46, ALCOOL GEL ACENDEADOR (Item 25.24 - NCM 2207.1 e 2207.20.1 - vigência até 31/01/15);

- POTE PACOCA HERSHEY'S, BARRA NUTRY 24 X 20GR, BARRA COCO LIGHT, BOMBOM SOFIA 270G (Item 11 do (NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.09.1);
- SUPORTE DE PAPEL, KIT PARA BANHEIRO (Item 24.63 - NCM 7324);
- TAPETE INFANTIL, TAPETE DE LA INDIANO, TAPETE CHENILLE, JG 2 TAPETES DE BANHO (Item 24.25 – NCM 7324);
- COMBO DE MASSINHA, KIT DE CRIATIVIDADE (Item 27.16 – NCM 3407.00.1);
- AMENDOIA/AVELA SORT, CASTANHA PORTUGUESA (Item 38 – NCM 1904.1, 1904.9, 2005.2, 2008.11 e 2008.19);
- TAFFMAN E (Item 6 – NCM 2106.9 e 2201.9).

**“PRODUTOS ISENTOS”:** Produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amendoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Art. 265, inc. I, alínea “a” do RICMS/Ba); PIMENTA VERMELHA, GRAO DE BICO 3X500GR, SALADA RUSSA CONG, BROCOLIS CONGELADO, ERVILHA CONGELADA, MIXED NUTS 1 KG, MORANGO CONGELADO, SALDA VERÃO CONG.

**Produtos tributados com alíquota de 7%:** MILHO VERDE QUERO E POCORN MICRO YOKI (Art. 16, inc. I, “a” c/ art. 51, inc. I, “a” da Lei 7.014/96). COMPOSTO LÁCTEO E LEITE EM PÓ (Art. 268, inc. XXV, do RICMS-Ba / Dec. 13.780/12).

O fiscal autuante, na informação, reconheceu equívocos em relação aos seguintes itens:

- Produtos sujeitos ao regime de substituição tributária (Anexo Único do RICMS/Ba):
- LINGUIÇA DE JAVALI, ENT TRANCHE DE PERNIL, ENT CARRE CTE FRANCE (Anexo Único RICMS/BA, Item 34 - NCM 0201, 0202, 0203, 0204, 0206, 0209 e 0210);
- TRAMPOLIM (NCM 9503);
- POTE PACOCA HERSHEY'S, BARRA NUTRY 24 X 20GR, BARRA COCO LIGHT (Item 11 do (NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.09.1);
- SUPORTE DE PAPEL, KIT PARA BANHEIRO (Item 24.63 - NCM 7324);
- TAPETE INFANTIL, TAPETE DE LA INDIANO, TAPETE CHENILLE, JG 2 TAPETES DE BANHO (Item 24.25 – NCM 7324);
- AMENDOIA/AVELA SORT, CASTANHA PORTUGUESA (Item 38 – NCM 1904.1, 1904.9, 2005.2, 2008.11 e 2008.19);
- TAFFMAN E (Item 6 – NCM 2106.9 e 2201.9).
- LINGUIÇA TOSCANA, LINGUIÇA PORTUGUESA, FIAMBRE COM LEGUMES K, SALSICHA HOT DOG, SALAME ITALIANO, SALAME MILANO, SALAME ABRUZZESE, PEPPERONI FATIADO, SALSICHA SEARA, APRESUNTADO FATIADO, MORTADELA BOLOGNA, MORTADELA DEFUMADA, PEITO DE PERU FAT, PRESUNTO FATIADA, MORT BOLOGNA OURO, LINGUIÇA CALABRESA, LING. CARNE SUINA TC (Anexo Único RICMS/BA, Item 35-A - NCM 1601 e 1602 – saídas havidas no período de vigência da ST para estes produtos, entre 01/01/2015 e 03/02/15);

Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, passando o valor do imposto da infração 02 de R\$ 475.762,89, para R\$ 440.305,10, e a infração 01 de R\$ 37.412,5, para R\$ 37.410,56, totalizando o montante de R\$ 477.715,66, conforme demonstrativos analíticos às fls.114 a 124 e sintético à fl. 112.

O contribuinte, ao ser cientificado, sustentou que o Auditor Fiscal excluiu uma série de itens do seu levantamento, entretanto, ainda manteve os PRODUTOS DE INFORMÁTICA: CARTUCHO 670XL MAGE; CARTUCHO 670XL AMARE; CARTUCHO PRETO HP74; CARTUCHO 670XL CIAN- NCM 9612.10.90; MONITOR LG 19.5- NCM 8528.4 E 8528.5; ROTEADOR E900BR; ROTEADOR E2500-NCM 8517.62.4, reafirmando que foi aplicada a alíquota de 17% ao invés de 7%, pois não foi concedida a

redução de base de cálculo prevista no art. 266 do inciso XIII do RICMS/BA.

Explica que o erro da fiscalização foi ter desconsiderado a previsão do art. 266, XIII do RICMS/BA, que concede redução de base de cálculo para os produtos de informática, pois o Autuante faz incidir a nova redação do art. 266, XIII, dada pelo Decreto nº 17.304, de 27/12/16, DOE de 28/12/16, e que produziu efeitos a partir de 01/02/17. Assim, o exercício autuado (2015), para fins de determinação do aspecto quantitativo do fato gerador (alíquota e base de cálculo), é regido pela redação original do referido dispositivo, que previa a carga tributária de 7% para os produtos de informática.

Além dos itens acima, questionou a manutenção na exigência fiscal dos produtos sujeitos à substituição tributária, no caso: ALCOOL TRADIC 46 e ALCOOL GEL ACENDEDOR, sob a alegação de que tal sistemática só foi vigente até 01/01/2015. Ocorre que os efeitos se estenderam até 31/01/2015, pois o item 25 do Anexo I do RICMS foi revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/02/15, e as operações autuadas ocorreram antes da revogação do item.

Da mesma forma, as massinhas de modelar enquadradas na NCM 3407.001.1 também deveriam ser excluídas por estarem inseridas no item 27.16 do Anexo I do RICMS.

Assim é que o processo foi convertido em diligência, e o autuante, em consonância com as ponderações do defendente, confeccionou novo demonstrativo de débito, relativo às infrações 01 e 02, exercício de **2015**, fls. 158 e 161, excluindo do apurado na Informação Fiscal, fls. 116 e 122 os itens questionados, alterando os valores de ambas as infrações, exercício de 2015 de R\$ 25.780,02 e R\$ 343.771,65, para R\$ 25.760,55 e R\$ 341.414,64, respectivamente.

Considero que a exclusão dos valores levada a efeito pelos autuantes na Informação Fiscal e posteriormente em atendimento à diligência requirida por esta Junta de Julgamento Fiscal, se apresenta correta, haja vista o ajuste referente à aplicação da carga tributária de 7% para os produtos de informática, além da exclusão dos valores relativos às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, eis que descabe a aplicação de qualquer alíquota na saída.

Quanto às mercadorias que não foram acatadas, cabe fazer os seguintes registros:

No que diz respeito aos produtos hortifrutícolas inseridos no levantamento, a defesa alega que os referidos produtos estariam beneficiados pela isenção prevista no art. 265 I, 'a' do RAICMS/12. Cita o Parecer GECOT 543/99, que externou o entendimento de que os produtos hortícolas desidratados equivalem ao estado natural.

Não concordo com este entendimento, pois como bem pontuou o autuante, os produtos fazem jus à isenção desde que não tenham sido submetidos a processo de industrialização, o que não ficou comprovado no presente caso, tendo em vista que os mesmos passaram por um processo de industrialização, através de limpeza, descontaminação, congelamento e embalagem à vácuo, perdendo, portanto, o benefício previsto no citado dispositivo legal, razão devem ser mantidos na autuação.

Para melhores esclarecimentos, trancrevo a legislação pertinente sobre o tema:

*Art. 265 São isentas do ICMS:*

*I - as saídas internas e interestaduais:*

*a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);*

*Convênio ICMS 44/75:*

*Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:*

*I - hortifrutícolas em estado natural:*

*(...) d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo;*

Assim, para que seja passível de isenção, é necessário que a mercadoria esteja em estado natural, ou seja, não há isenção quando a mercadoria passa por qualquer processo de industrialização, como é o caso das mercadorias ora impugnadas, razão pela qual, devem ser mantidas na autuação.

LEITE EM PÓ, LEITE LONGA VIDA E COMPOSTO LÁCTEO – Concordo com a manutenção. A redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária resulte em 7%, é aplicável exclusivamente ao leite produzido no Estado da Bahia. Portanto, não sendo aplicável ao leite produzido noutros Estados.

No tocante à alegação de que o Estado da Bahia não pode aplicar tributação diferenciada na comercialização de leite produzido no Estado e adquirido em outros Estados, observo que o benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 268, inciso XXV do RICMS-BA/12, vigente à época dos fatos geradores, diz respeito exclusivamente às operações internas dos produtos *fabricados no Estado da Bahia, de forma que a carga tributária corresponda ao percentual de 7%*, afastando a aplicação do benefício ao produto adquirido em outros Estados. Tal benefício, tem como finalidade estimular a produção e circulação desses produtos e não representa qualquer impedimento a circulação de leite produzido em outros Estados, ressaltando que o sujeito passivo em nenhum momento nega que os produtos em questão foram fabricados em outras unidades da Federação.

Portanto, resta comprovado que o sujeito passivo utilizou o benefício da redução da base de cálculo de forma indevida, estando correto o comportamento fiscal em exigir a aplicação da alíquota cheia na saída do leite longa vida, leite em pó e composto lácteo oriundo de outro Estado.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, observo que o art. 268, inciso XXV do RICMS-BA/12, é norma integrante do ordenamento jurídico deste Estado, concessiva de benefício fiscal condicionado, e não cabe a este órgão julgador apreciar a constitucionalidade da legislação tributária, nos termos do art. 167, I do RPAF/99, e a decisão judicial trazida aos autos, também não vincula a decisão deste Órgão.

Observo que este é o entendimento predominante neste Conselho, ao apreciar questão semelhante à presente. Quando à decisão trazida pelo defendente através do Acórdão 0293/11/21, constato que recentemente, a própria 1ª Câmara de Julgamento se posicionou em sentido contrário em voto vencedor proferido pelo ilustre Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira, que não acatou as pretensões do Recurso Voluntário apresentado nos seguintes termos, em resumo:

*No mérito, quanto à alegação de inconstitucionalidade da concessão de benefício fiscal exclusivo ao leite fabricado no Estado da Bahia (afastando tal tratamento aos produtos fabricados em outras unidades da federação), é importante destacar que refoge à competência desta corte o exame de declaração de inconstitucionalidade, conforme art. 167, inciso I do RPAF/99, abaixo.*

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

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

*...”*

*Ademais, a alíquota reduzida para o leite fabricado no Estado da Bahia não agride, em nada, o princípio que veda a discriminação em função da origem/destino (art. 152 da CF/88), pois não tece preferência em relação a qualquer unidade federativa em detrimento de outras. Trata-se, pura e simplesmente, de uma norma tributária que estabelece uma renúncia fiscal atrelada ao fomento da atividade econômica, ou melhor, à produção local da mercadoria em comento.*

*Tal distinção é plenamente legítima aos olhos do legislador constituinte, já que não traz embutido qualquer tratamento diferenciado, desprovido de motivos, ou de objetivos. A diferenciação vedada pelo art. 152 da CF/88 é aquela que tem a ver meramente com a origem ou o destino da mercadoria, sem motivação para tal, mas não veda, e nem poderia fazê-lo, a criação de regras que objetivem realizar os valores constitucionalmente protegidos, tais como o desenvolvimento da atividade econômica, a descentralização regional da estrutura econômica, a geração de emprego e renda e outros.*

*De fato, em obra de prestígio no mundo jurídico (Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade), o jurista*

*Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta a tese de que a discriminação levada a termo na norma jurídica somente se legitima na medida em que o fator de discrimen, eleito pelo legislador, revele uma relação de pertinência lógica entre o seu efeito e um determinado valor social albergado pela Constituição Federal, conforme trecho da obra citada, abaixo reproduzido.*

*“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.*

*... Com efeito, há espontâneo e até inconsciente reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes.*

*De revés, ocorre imediata e intuitiva rejeição de validade à regra que, ao apartar situações, para fins de regulá-las diversamente, calça-se em fatores que não guardam pertinência com a desigualdade de tratamento jurídico dispensado (Mello, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo, Editora Malheiros, 2003, p. 37)”*

*Como se vê, não é vedado estabelecer tratamento diferenciado. Aliás, a isso se resume o papel da norma jurídica, que nada mais faz do que colher, dentre os fatos da realidade, aqueles que devem ser tratados de forma distinta dos demais, exigindo-se, apenas que tal distinção conduza a resultados que não traduzam injustiças, tomadas em face dos valores albergados pela Carta Magna.*

*É o caso em exame, pois a norma constitucional que veda a discriminação em função da origem/destino se constitui em regra que tutela o princípio federativo, impedindo que unidades federadas possam exercer qualquer preferência de um Estado em detrimento de outros. Não impede, todavia, que sejam editadas regras incentivadoras de investimentos, financiados com a renúncia de recursos que se destinariam aos seus cidadãos.*

*Por isso, entendo que não merece acolhida tal argumento empresarial.*

*Além disso, a tentativa de alargar o alcance do texto normativo citado não se compatibiliza com o disposto no inciso II do art. 111 do CTN, o qual impõe a interpretação restritiva de norma que outorga isenção, conforme abaixo.*

*“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*...*

*II – outorga de isenção;*

*...”*

*Assim, como o leite comercializado pela autuada não foi fabricado no Estado da Bahia, não pode, por óbvio, desfrutar do benefício fiscal então previsto no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12, abaixo reproduzido.*

*“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);*

*...”*

*Essa é a jurisprudência deste CONSEF.”*

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Em relação à pretensão do contribuinte de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte, entendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação à matéria apreciada.

No que diz respeito ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com o artigo 158 do RPAF/BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, no valor total de R\$ 475.329,18, sendo R\$ 37.381,09 relativos à infração 01, e R\$ 437.948,09 da infração 02, conforme a



seguir, devendo ser homologado o valor recolhido com Benefício de Lei de R\$ 3.844,45, (infração 01), e R\$ 281.636,88 (infração 02), conforme extrato emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, fls. 144 a 146:

DATA OCORR.	ICMS DEVIDO / INFRAÇÃO 01	ICMS DEVIDO / INFRAÇÃO 02
jan/14	7.725,44	18.212,86
fev/14	3.295,95	17.550,04
mar/14	50,53	7.991,31
abr/14	379,54	7.839,50
mai/14	80,21	6.545,33
jun/14	27,53	3.321,30
jul/14	24,94	5.133,04
ago/14	11,43	6.747,00
set/14	7,68	6.352,58
out/14	4,45	4.492,09
nov/14	1,33	5.807,63
dez/14	11,51	6.540,77
<b>Total 2014</b>	<b>11.620,54</b>	<b>96.533,45</b>
jan/15	5,87	8.527,82
fev/15	4,58	45.966,68
mar/15	2,84	54.908,44
abr/15	6,33	21.002,32
mai/15	3,74	28.502,00
jun/15	1,77	23.252,42
jul/15	3,90	20.119,02
ago/15	0,36	23.968,98
set/15	19,02	37.726,22
out/15	100,93	30.240,29
nov/15	9.328,30	13.556,77
dez/15	16.282,91	33.643,68
<b>Total 2015</b>	<b>25.760,55</b>	<b>341.414,64</b>
<b>Total Geral</b>	<b>37.381,09</b>	<b>437.948,09</b>

## 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 **278904.0019/17-6**, lavrado contra **WAL MART BRASIL LTDA. - (WMB SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 475.329,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, do da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos com Benefício de Lei.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR