

**PROCESSO** - A. I. Nº 206826.0005/17-7  
**RECORRENTE** - WMS SUPERMERCADOS DOS BRASIL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0146-04/18  
**ORIGEM** - INFAZ COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 02/03/2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0356-11/19

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Demonstrado que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontra encerrada e mercadorias cujas operações gozam do benefício da isenção. Refeitos os cálculos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0146-04/18, que por unanimidade, julgou procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 27/03/2017, interposto pelo Contribuinte, inconformado com a referida decisão, nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$473.874,98 tendo em vista as infrações abaixo:

*Infração 01: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Aplicou alíquota a menor que a prevista no RICMS, regularmente escrituradas, conforme planilhas 11 de 2014, folhas 27 a 36 e 17 de 2015, folhas 19 a 26.*

O autuado apresentou impugnação (fls. 71 a 87) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 131 a 133). A instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JFJ que optou pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

### VOTO

*O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis e aplicação de alíquota equivocada.*

*O contribuinte apresentou defesa reclamando que foram incluídos produtos sujeitos à substituição tributária como se possuíssem tributação normal. Indicou as mercadorias e afirma que por esta razão, não as tributou. Além disso, foram incluídas no levantamento, mercadorias que indicou, cujas operações são isentas de ICMS.*

*O fiscal designado a prestar Informação Fiscal reconheceu equívocos no lançamento original em relação aos seguintes itens: MACÃ MONICA PCT, MAS COMUM 500G PETYAM, MAS COMUM 20X500G PETYAM, MAS SMLA 500G PETYAM, MASS TRAD 500G SPA GUETTO, MASS TRAD SPAGUETTO 20X500G, etc, e ENER 2L BIVOLT. Elaborou novos demonstrativos com a exclusão dos mencionados produtos, de acordo com os documentos de fls.134 a 160.*

*Acato a revisão efetuada pelo autuante, pois o produto MACÃ MONICA PCT goza do benefício da isenção, por se tratar de produto hortifrutícola, conforme disposto no art. 265, alínea “a,” do inciso I do RICMS/2012,*

*No que diz respeito às demais mercadorias, efetivamente estão sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo que os produtos MAS COMUM 500G PETYAM, MAS COMUM 20X500G PETYAM, MAS SMLA 500G PETYAM, MASS TRAD 500G SPA GUETTO, MASS TRAD SPAGUETTO 20X500G, etc. são massas alimentícias derivadas da farinha de trigo, não cozidas*

*e nem recheadas, indicadas no item 33.1, do Anexo Único do RICMS/B, os itens AG. ULTRA FIN 12.7MM, AG P/CANETA BD 8MM UNIDADE, SER BD INSUL 50UI C/10 AG/LG UNID.1, dizem respeito a produtos farmacêuticos e medicamentos inseridos no item 32.1, enquanto que o ENERG.2L BIVOLT está classificado no item 6 - bebidas quentes e energéticas do citado Anexo.*

*Assim sendo, não é cabível a exigência de tributação nas saídas, tendo em vista que as mesmas já se encontravam com a fase de tributação encerrada.*

*Acato a não aceitação pelo autuante dos argumentos defensivos atinentes aos produtos leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, pois no que diz respeito ao argumento de que havendo uma limitação imposta pelo Estado por meio de uma carga tributada majorada e diferenciada viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152 da Carta Magna, cumpre esclarecer que tal apreciação não compete a esse Órgão julgador, conforme previsão expressa do art. 167, I do RPAF/BA, por conseguinte, inócua qualquer decisão nesse sentido.*

*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 nos incisos XXV e XXIX, do art. 268 do RICMS/12, vigentes à época dos fatos geradores, dizem respeito exclusivamente às operações internas destas mercadorias, adquiridas de fabricante estabelecido neste Estado, 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 à circulação de leite produzido em outros Estados.*

*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 às decisões judiciais indicadas pela empresa, Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001 – 2ª Vara da Fazenda Pública; Embargos à Execução Fiscal nº 0346138-46.2014.8.05.0001 – 11ª Vara da Fazenda Pública; Apelação nº 0375591-23.2013.8.05.0001 – 4ª Câmara Civil e Medida Cautelar ADI 3389 29/03/2006 – STF da Ação Anulatória, promovida contra o Estado da Bahia pela Walmart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial do recorrente, esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência à PGE/PROFIS, no sentido de emitir Parecer Jurídico visando informar qual a repercussão dos julgados acima em relação ao presente processo.*

*A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Leila Von Sohsten Ramalho, referendado pela Procuradora Assistente Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, apresentou Parecer se posicionando no seguinte sentido:*

*“as mencionadas decisões, conquanto logrem espelhar o posicionamento de parte da jurisprudência em derredor dos temas ali versados, não produzem qualquer repercussão no presente feito, não sendo condicionantes ou prejudiciais do julgamento administrativo a ser proferido, haja vista não se referirem ao débito reclamado e terem sido prolatadas relativamente a em empresas outras, diversas da Autuada.”*

*Acolhendo o entendimento externado pela PGE/PROFIS, concluo que as referidas decisões não têm efeito vinculativo ao Processo Administrativo Fiscal, ora em análise, sendo específicas àquele lançamento de ofício e àquela empresa.*

*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 entendendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação à matéria apreciada.*

*Quanto 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, a teor dos artigos 158, do RPAF/BA.*

*Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$466.068,70, conforme demonstrativo de débito à fl. 161, devendo ser homologada a quantia já recolhida.*

Após julgamento pela 4ª JF, foi interposto Recurso Voluntário pelo autuado, às fls. 217 a 232, no qual requer o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário de parte remanescente da infração 1, diante da impropriedade da exigência fiscal, além do que, pede que, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco e que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente com base no Art. 112 do CTN.

Segundo a acusação fiscal, a Recorrente teria calculado de forma equivocada o imposto que deveria ter sido recolhido na saída do produto leite longa vida, uma vez que utilizou a carga tributária de 7% quando deveria ser de 17%. Porém, a recorrente entende que o mesmo benefício deve ser dado a produtos oriundos de outros estados, uma vez que o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia), atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

Com base nas razões da autuada, a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Questiona ainda a exorbitância da multa aplicada por entender que há ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não confisco.

Afirmam que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não confisco, consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal, e que esta veda a utilização do tributo com efeito confiscatório, ou seja, a excessiva onerosidade da atividade fiscal do Estado, a ponto de confiscar-se a propriedade dos contribuintes.

Solicita ainda que seja levado em consideração também o benefício da dúvida. Cita o art. 112 do CTN que é claro ao afirmar que, em caso de dúvida, a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, devendo ser aplicada a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em combate.

E por fim, pede pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo Contribuinte, nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF, inconformado com a decisão da 4ª JF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração para exigir o ICMS não recolhido em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Aplicou alíquota a menor que a prevista no RICMS, regularmente escrituradas, conforme planilhas 11 de 2014, folhas 27 a 36 e 17 de 2015, folhas 19 a 26.

Em análise da informação fiscal realizada por auditor fiscal estranho ao feito, é possível verificar que foram excluídos do levantamento os produtos isentos e aqueles sujeitos a substituição tributária do ICMS, mantendo-se, no entanto, os produtos leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó.

Inicialmente, cabe destacar que não se inclui na competência desta Câmara a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, com base no artigo 167, incisos I e III do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) combinado com o Art. 125 do COTEB. Logo, não cabe a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo dispensado aos produtos leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó e nem tampouco da exigência da multa.

Quanto à aplicação da carga tributária de 7%, prevista para os produtos, fora aplicada em acordo com o Art. 268, incisos XXV e XXIX do RICMS/BA, em vigor à época dos fatos.

*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);”*

*...*

*“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);”*

Quanto à aplicação da multa, está prevista no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo descrito:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:*

*a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;*

Quanto à redução da multa, solicitada pelo contribuinte, baseado no Art. 45, as multas previstas nos incisos II, III e VII do Art. 42 poderão ser reduzidas em até 35% se pagas antes de inscrição em Dívida Ativa, ou 25%, se pagas antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

Em relação à pretensão suscitada de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN), o mesmo não tem aplicabilidade no caso em comento, uma vez que inexistem dúvidas em relação a matéria.

Deste modo, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206826.0005/17-7**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$466.068,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES - RELATORA

