

A. I. Nº - 278094.0016/17-7
AUTUADO - WAL MART BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.09.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0140-05/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA. a) BENEFICIADA COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que uma parte das mercadorias é contemplada com isenção ou teve o imposto pago por antecipação. Refeitos os cálculos que implicou na redução do débito. Infração subsistente em parte. b) DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. VENDAS EM OPERAÇÕES. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Comprovada aplicação correta das alíquotas de parte dos produtos. Mantida a exigência relativa a produto que não se enquadra como da cesta básica por se submeter a processo de industrialização. Infração procedente em parte. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não impugnada. Infração procedente. Afastada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2017 exige ICMS no valor de R\$ 115.864,54, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto (2014/2015) - R\$ 84.282,69. Multa 60%.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS decorrente de destaque de imposto a menor no documento fiscal (2014/2015) - R\$ 9.437,41. Multa 60%.

INFRAÇÃO 03 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2014/2015) - R\$ 21.598,75. Multa 60%.

INFRAÇÃO 04 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - (2015) - R\$ 545,68. Multa 60%.

Na defesa apresentada (fls. 61 a 88), por meio do advogado Fernando de Oliveira Lima, OAB/PE 25.227 inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações que entende ser improcedentes, pelos fundamentos que passa a expor:

Preliminarmente suscita a nulidade da autuação, por preterir direito de defesa, descumprir dispositivo expresso em lei e ausência de comprovação, nos termos do art. 2º e 39 do RPAF/BA, cujos requisitos exigidos é a apresentação de todos os dados para comprovação do valor exigido, mas que na situação presente a exigência tem por base demonstrativo fiscal, que indica número

da nota fiscal, o CNPJ do emitente, o produto e respectivos valores, mas embora tenha mencionado, “não apresentou os documentos fiscais” constantes dos demonstrativos para fazer prova da acusação.

Ressalta que na planilha da infração 3, que acusa erro na aplicação da alíquota, foi indicado o número das notas fiscais autuadas e descrição do produto: “SALDO” (fl. 64), ficando sem saber qual o produto que se submete a aplicação da alíquota de 17%, o que impossibilita a sua verificação, violando os princípios da Verdade Material, do Contraditório e da Ampla Defesa.

Alega que o § 1º, do art. 39 do RPAF, só excepciona as exigências meramente formais e o Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco (TATE) em casos análogos manifestou que a apresentação dos documentos (planilha, escrita fiscal) em mídia digital, não dispensa a fiscalização de entregá-los também em via impressa (ACÓRDÃO 1ª TJ Nº 0033/2014-12; ACÓRDÃO 4ª TJ Nº 0045/2013-07).

Discorre sobre o lançamento (art. 142 do CTN), demonstração do fato gerador e adequação ao fato (art. 114 do CTN), base de cálculo e alíquota que a administração tributária tem a obrigação legal de provar na constituição do lançamento para assegurar o contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF), sob pena de nulidade nos termos do art. 18, II, IV, “a” do RPAF/BA, a exemplo da decisão contida nos Acórdãos JJF Nº 2027/2000 e CJF Nº 0384-12/02).

Requer declaração de nulidade do Auto de Infração por desobedecer a dispositivos expressos em lei e cercear o amplo direito de defesa.

No mérito, alega que a infração 1 é improcedente, visto que os produtos tributados normalmente:

- i) Produtos não relacionados ao Convênio 44/75 (Cl. 1ª, § 4: houve expressa exclusão do “coco seco”);
- ii) Cláusula 1ª do Convênio 44/75, não há previsão de isenção para as maçãs, açafrão e uvas;
- iii) Convênio 07/80 autorizou a exclusão do alho, amêndoas, avelãs, castanhas, nozes, peras e maçãs;
- iv) Improcede a glosa dos créditos para a “MAÇÃ CROCANTE” (maça crocante ou maçã seca), “AÇAFRÃO EM PÓ”, “AÇAFRÃO EM ESTIGM” (tipos de açafrão – em pó e em estigmas) e “UVAS PASSAS USA”;
- v) “MANDIOCA 500GR” e “MANDIOQUINHA 500GR”, não se aplica a isenção porque o Convênio 44/75 isenta os produtos “*em estado natural*”;
- vi) “FILÉ DE SALMÃO” e “FILÉ DE SARDINHA”: desconsiderou a previsão do art. 265, II, “e”, do RICMS/BA, que não se aplica aos pescados enlatados;
- vii) FEIJÃO COZIDO: A isenção (art. 265, II, “c”), não se aplica a cozidos/temperados (FEIJÃO BRANCO 500 GR, FEIJÃO PRT TP LV e FEIJÃO CAR TEMP LV);

Afirma que de acordo com o exposto, esses itens devem ser excluídos da autuação.

No tocante a infração 3, argumenta que acusa exigência relativa a produtos:

- A) Venda interestadual a consumidores finais: constantes na NF 5, 162767, 163478, 164091, 165312, 168229, 169381, 169723, 175555, 177814, 180932, 182571, 187865, 187877, 188231, 189711, 190539, 190540, 194082, 198531, 200617, com base na alíquota de 12%, mas se trata de operações interestaduais, destinadas a consumidores finais (art. 155, § 2º, VII) cuja tributação se dava pela aplicação da alíquota interna (art. 266, XIII do RICMS/BA), que reduz a carga tributária para os produtos de informática (aparelhos, equipamentos de processamento de dados, periféricos, suprimentos de informática para armazenamento de dados e impressão), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%: CARTUCHO COLOR HP22; CARTUCHO PRETO HP21; MONITOR LG 19.5; MULTIFUNCIONAL PRO, HP; DESKJET AIO, INK e HP.

B) Produtos isentos, cujas saídas são desoneradas em razão da isenção concedida (RICMS/BA):

a) PALLET CHEP, PBR: Art. 265, LVII;

b) BALCÃO EXPO; BALCÃO INOX C/TAMPO LISO; BATEDEIRA PLANETARIA 6L 110/220v; BATEDEIRA PLANETARIA 6L 220V; CALDEIRÃO INOX A GAS / VAPOR; CALDEIRÃO AÇO INOX 100L; COMBO MOUSE TECLADO; DISTRIBUIDOR DE CONEX PN WS C3560G 48TS S NFE 1970; EMBALADORA; FOGÃO 4 QUEIMADORES C/FORNO; FRITADEIRA AÇO INOX GAS 20L; HOMOGENEIZADOR; MÁQUINA SERRA FITA 2CV; MODELADORA; RACK REFR; REFRIGERADOR; TRANSPALETEIRA C/BATERIA/CARREG 2 ESTEIR; TRANSPALETEIRA ELÉTRICA S/OP 1800KG IMP, Art. 265, XXII, “a” e “b” (Conv. ICMS 70/90);

c) MANGA PALMER KG; MIX DE BERRIS; TOMATE ITALIANO KG; MIX 4 LEGUMES. Art. 265, I, “a”.

Com relação aos produtos hortifrutícolas, alega que improcede o argumento de que por se tratar de produto desidratado ou congelado, descaracterizado o estado natural, não altera as características ou composição química, não configura transformação ou processamento que submeta a processo de industrialização, e sim mero acondicionamento para transporte, higienização e segurança no consumo.

Ressalta que em caso idêntico ao presente, a Secretaria da Fazenda exarou entendimento que hortícolas desidratados equivalem ao estado natural, conforme trecho do parecer GESCOT 543/99 (fl. 76).

E da mesma forma o Superior Tribunal de Justiça (STJ), manifestou entendimento de 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”* (AREsp 851.817/SP/2016), que entende se aplicar a situação presente.

C) Produtos sujeitos à substituição tributária: desconsiderou que o ICMS já foi recolhido pelos respectivos fornecedores, por se tratar de itens sujeitos à substituição tributária: STEAK DE PERNIL; POTE PAÇOCA; DHO MAÇÃ PURE; TAPETE INFANTIL, INDIANO, CHENILLE; SUPORTE DE PAPEL; ÁLCOOL TRADIC e GEL; SACO XADREZ; BOMBRIL; BORR BIC FUN; POP UP REFIL, AGENDA, FICHÁRIO; ESCOVA DENT; BURGUER DE PICANHA, PRESUNTO SEARA, PEITO PERU COZ. DEFUM, HAMBURG BOV/AVES, APRESUNTADO SEARA, MINI BURGUER PICANHA e TAFFMMAN E, indicando os correspondentes itens do Anexo I do RICMS/BA.

D) Produtos tributados com a alíquota de 7%: MILHO_VERDE_QUERO que entende aplicar alíquota de 7% ao invés de 17%, previsto no art. 16 da Lei 7.014/96 e art. 51 do RICMS/BA.

Quanto a multa aplicada com percentual de 60% sobre o valor principal, alega ser confiscatória, tendo em vista que não agiu com intuito de fraude ou dolo.

Transcreve decisão proferida pelo CARF, que manifesta entendimento de ser necessário e comprovado do evidente intuito de fraude (Ac. nº 9101-00.5496/2010).

Cita texto de doutrinadores acerca de critérios para a fixação das multas tributárias, obedecendo aos padrões do princípio da razoabilidade e decisões de Tribunais Superiores manifestando entendimento pela aplicabilidade do princípio do não-confisco às multas tributárias, promovendo redução em função da natureza (STF. RE 91707/MG; RE nº 81.550/MG; ADI 1075; ADI 1075 MC/1998; ADI 551/2003; AI 482281 AgR/2009; RE 523471/2010; TJRN, AC nº 2006.005459-9/2010; TJRN. AC 2007.000633-3/2008; TJRN. AC nº 2007.007015-6/2008), que promoveram reduções de percentuais de até 150% para 30% ou 20%.

Ressalta que as multas aplicadas desproporcionais configuram medida usurpadora do patrimônio do contribuinte e não como medida educadora, motivo pelo qual requer o reconhecimento da improcedência da autuação, e quanto à multa fixada, subsidiariamente, seja reduzida para um patamar entre 20% e 30%.

Alega que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida prevista no art. 112 do CTN, quanto à interpretação da norma jurídica, deve favorecer ao contribuinte, como entende os Tribunais Superiores ((STF, RE nº. 90.143/1979 e STJ, RESP nº. 38.997-SP/1995)

Requer a declaração de nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal e não sendo acolhido o pedido, afastamento ou redução da multa aplicada.

O autuante na informação fiscal (fls. 121 a 130) discorre sobre as infrações, alegações defensivas e quanto a nulidade suscitada afirma que o contribuinte foi cientificado do ato fiscalizatório, aplicado roteiro de auditoria (2014/2015) e finalizada com a lavratura do Auto de Infração, descrevendo as infrações, sendo possível determinar sua natureza, data de ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário, nos termos do art. 39 do RPAF/BA e demonstrativo de débito.

Ressalta que a autuação reproduz fielmente os fatos verificados, consubstanciados nos demonstrativos fiscais (fls. 18 a 51), bem como da documentação fiscal (SPED/EFD) e demonstrativos de débito disponibilizados ao autuado, o que afasta a nulidade suscitada, sob alegação de cerceamento de defesa.

No tocante a infração 1, afirma que com relação aos produtos:

ENT COCO SECO, MAÇÃ E UVAS: são contemplados pela isenção (art. 16, I, “a” da Lei 7.014/96), conforme notas fiscais emitidas, a exemplo das NF 162231 e 175905 (COCO SECO), 161366 e 172479 (MAÇÃ), 177957 e 180885 (UVAS);

AÇAFRÃO, AÇAFRÃO EM PÓ, MANDIOCA bem como MANDIOQUINHA, reconhece que assiste razão à empresa e foram tributados nas operações de saídas realizadas no período fiscalizado, razão pela qual promoveu a exclusão, conforme demonstrativo refeito.

FILÉ DE SALMÃO e FILÉ DE SARDINHA, NCM 16041100 e 16041310, reconhece que por se tratar de enlatados, não estão contemplados pela isenção;

FEIJÃO PRT TP LV e FEIJÃO CAR TEMP LV, por se tratar de produtos cozidos, reconhece que são tributados e foram excluídos no novo demonstrativo;

Quanto a infração 3, passou a analisar por item da defesa:

- i) Uso de alíquotas interestaduais de 12% em operações de vendas de mercadorias destinadas a consumidores finais em outras Unidades da federação, afirma que não procede por contrariar o disposto no inc. II do art. 15 da Lei 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores;
- ii) CARTUCHO COLOR HP 22, CARTUCHO PRETO HP21, MONITOR LG 19.5, MULTIFUNCIONAL PRO, MULTIFUNCIONAL HP, DESKJET AIO HP, DESKJET INK ADV, DISKET HP: não procede a argumentação do autuado, visto que foi aplicada alíquota de 7% e a correta é 12%, resultando em recolhimento a menor do ICMS, conforme faz prova a análise das NF 163478, 167918, 172444, 187865 e 187877;
- iii) BALCÃO EXPO, BALCÃO INOX C/ TAMPO LISO, BATEDEIRA PLANETÁRIA 6L 110/220V, BATEDEIRA PLANETÁRIA 6L 220 V, CALDEIRÃO INOX A GAS / VAPOR, CALDEIRÃO AÇO INOX 100L, COMBO MOUSE TECLADO, DISTRIBUID DE CONEX PN WS C3560G 48TS, S NFE 1970, EMBALADORA, FOGÃO 4 QUEIMADORES C/ FORNO, FRITADEIRA INOX GAS 20L, HOMOGEINIZADOR, MÁQUINA SERRA FITA 2CV, MODELADORA, RACK REFR, REFRIGERADOR, TRANSPALETEIRA C/ BATERIA/CARREG 2, ESTEIR, TRANSPALETEIRA ELÉTRICA S/OP 1800 KG IMP: não procede a alegação de se tratarem de bens do ativo permanente ou material de uso ou consumo, uma vez que os mesmos foram destinados à empresa diversa, conforme NF 1 e 2, contrariando o disposto no inc. XXII do art. 265 do RICMS/BA (Conv. ICMS 70/90);
- iv) MANGA PALMER KG, MIX DE BERRIS, TOMATE ITALIANO KG, MIX 4 LEGUMES, MIX DE 5 PIMENTAS, MIX JAPONESA, MORANGO e PALLET CHEP, PALLET PBR. Assiste razão ao

autuado e foram excluídos nos demonstrativos refeitos em conformidade com art. 265, LVII, “a” do RICMS/Ba, por se tratarem de produtos isentos;

- v) STEAK DE PERNIL; POTE PAÇOCA; DHO MAÇÃ PURE; TAPETE INFANTIL, INDIANO, CHENILLE; SUPORTE DE PAPEL; ÁLCOOL TRADIC e GEL; SACO XADREZ; BOMBRIL; BORR BIC FUN; POP UP REFIL, AGENDA, FICHÁRIO; ESCOVA DENT; BURGUER DE PICANHA, PRESUNTO SEARA, PEITO PERU COZ. DEFUM, HAMBURG BOV/AVES, APRESUNTADO SEARA, MINI BURGUER PICANHA e TAFFMMAN E: Indicou os itens listados no Anexo I do RICMS/Ba e reconheceu que são enquadrados pelo regime de substituição tributária, encerrando a fase de tributação, como foi tratado nas suas operações, motivo pelo qual promoveu as exclusões no demonstrativo refeito;
- vi) Item 33.1 - CAPELLINI A NIDO e TRENETTE AL PESTO (NCM 1902.1, 1905 e 1902.3): não se enquadra na substituição tributária os listados abaixo, cujas saídas efetuadas no período são passíveis de tributação;
- vii) MILHO VERDE QUERO – 20056000 - Outros produtos hortícolas preparados ou conservados, exceto em vinagre ou em ácido acético, não congelados, com exceção dos produtos da posição 20.06. Foi questionada ser passível de redução de base de cálculo resultando em carga tributária de 7%, mas não se enquadra no disposto do art. 16, I, “a” da Lei 7.014/96 e art. 51, I, “a” do RICMS/Ba, por se tratar de produto industrializado.

Resume que os 19.500 itens analisados e 1.500 apontados na auditoria, foram acatados e excluídos do cálculo do imposto devido, conforme demonstrativos em anexo, mantendo-se, no entanto, a dos demais itens das infrações 1 e 3, bem como mantém a totalidade das infrações 2 e 4.

Quanto às multas, esclarece que foram aplicadas, por dever de ofício (art. 42, II da Lei 7.014/96 e não lhe cabe discutir pertinência ou proporcionalidade.

Apresenta demonstrativo de débito refeito, por infrações (fls. 131/142), reduzindo o débito de R\$ 115.864,54 para R\$ 102.532,46.

Cientificado da informação fiscal o autuado se manifesta (fls. 151 a 162), reproduz as infrações e ressalta que do valor exigido de R\$ 115.864,54, efetuou o pagamento total das infrações 2 e 4, e parte das infrações 1 e 3, totalizando R\$ 101.990,16 remanescendo valor que totaliza R\$ 13.874,38.

Quanto aos valores remanescentes indicados pela fiscalização, alega que não procede, pelos fundamentos que passa a expor.

No tocante a infração 1, quanto aos produtos mantidos pelo autuante na informação fiscal, contesta que:

ENT COCO SECO: é tributado normalmente, sendo legítimo o crédito, conforme mencionado no Convênio 44/75, previsão incluída pelo Convênio ICMS 21/15, com efeitos a partir de 08/2015, que engloba as operações autuadas, que datam de 11/2015, abrangidas pela nova regra. (art. 256 do RICMS/BA);

MAÇÃS e UVA: Argumenta que os produtos listados pela cláusula primeira do Convênio 44/75, não há previsão de isenção para as maçãs e uvas, inclusive, o Convênio 07/80 autorizou a exclusão do alho, amêndoas, avelãs, castanhas, nozes, peras e maçãs, improcedendo também a glosa dos créditos para a “MAÇÃ CROCANTE” (maça crocante ou maçã seca) e “UVAS PASSAS USA”.

Ressalta que o autuante, afirma que os produtos estariam “*contemplados pela isenção prevista no mencionado dispositivo legal*”, fazendo referência ao art. 265, I, “a” do RICMS/BA e ao Convênio 44/75, porém as normas não trazem coco seco, maçã e uva como incentivados e, portanto, legítimo o crédito fiscal.

Quanto a infração 3, em relação aos produtos mantidos pela fiscalização alega que:

- i) Venda de mercadorias a consumidor final: com relação às notas fiscais mantidas, autuante tributando com alíquota de 12%, por entender que se trata de operações interestaduais,

repete o argumento da defesa, de que os adquirentes são consumidores finais e se submetiam a tributação pela alíquota interna (art. 155, § 2º, VII CF) vigente à época dos fatos geradores, c/c o art. 266, XIII do RICMS/BA, que reduz a carga tributária para os produtos de informática nas operações internas de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%. Entende que a alíquota de 12% se aplica a venda a contribuintes, conforme disposto no art. 15, II da Lei 7.014/1996;

- ii) Produtos isentos: Argumenta que é equivocada a manutenção da exigência pelo autuante relativo às saídas desoneradas do imposto por isenção concedida no art. 265, XXII do RICMS/Ba, sob alegação de que os produtos *“foram destinados a empresa diversa, conforme NF 1 e 2, contrariando assim o disposto no evocado inc. XXII do art. 265 do RICMS/BA”*. Argumenta que além das notas fiscais mencionadas, existem outras dezenas que foram remessas para estabelecimento filial e que não foram consideradas (exemplos: 3714, 3841, 3865, 3874, 3902, 4420);
- iii) Produtos sujeitos à substituição tributária: Argumenta que a fiscalização desconsiderou que o ICMS relativo às operações com os produtos CAPELLINI A NIDO e TRENETE ALL PESTO foi recolhido pelos respectivos fornecedores, por se tratar de itens sujeitos à substituição tributária previstos no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/BA, afirmando apenas que tais produtos *“não se enquadram na pretendida condição de produtos alcançados pela substituição tributária”*, mas se trata de massas não cozidas, recheadas ou preparadas, feitas à base de trigo, estando, portanto, enquadrados no item 33.1 do Anexo I do RICMS/BA;
- iv) Produtos tributados com a alíquota de 7%: Alega ser equivocado o posicionamento do autuante de que o produto MILHO_VERDE_QUERO seria tributado pela alíquota de 17%, desprezando, entretanto, a previsão contida no art. 16 da Lei 7.014/96 e art. 51, I, “a” do RICMS/BA, não caracterizando produto industrializado, em conserva, descaracterizando o seu estado natural, na medida que a desidratação, congelamento ou embalagem do vegetal não altera suas características ou composição química, nem configura transformação ou processamento, conforme decisões judiciais que indicou na impugnação inicial e não procede a aplicação da alíquota de 17% para o produto.

Reiterar os termos da defesa inicial, e, notadamente o pedido de nulidade e/ou improcedência da autuação.

O autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 176 a 188) inicialmente indica as infrações, resume os argumentos apresentados na impugnação inicial, o que foi acatado na primeira informação fiscal e os itens contestados acerca da informação fiscal.

No tocante a infração 1, afirma que reavaliando as argumentações acerca dos produtos COCO SECO, MAÇÃ CROCANTE e UVAS PASSAS, reconhece que são produtos tributados normalmente e legítimo o crédito, promovendo a exclusão dos valores correspondentes.

Quanto a infração 3, afirma que em relação aos produtos mantidos que foram contestados:

- i) Reconsiderou que assiste razão ao autuado de que nas vendas interestaduais que foram destinados a consumidores finais, deve ser aplicada a alíquota interna de 7% (CARTUCHOS, MONITOR e MULTIFUNCIONAL).
- ii) Reconsiderou que os produtos CAPELLINI A NIDO e TRENETE ALL PESTO estão sujeitos à substituição tributária;
- iii) Produtos isentos: Mantém a exigência relativa aos produtos que deram saídas para contribuintes diversos, não se aplicando a isenção concedida no art. 265, XXII do RICMS/BA;
- iv) Produtos tributados com a alíquota de 7%: Mantém a exigência relativa ao produto MILHO VERDE QUERO por se tratar de produto em conserva e submetido a processo de industrialização.

Conclui dizendo que de acordo com o exposto, o demonstrativo foi refeito, reduzindo o débito para R\$ 100.473,97.

Cientificado da segunda informação fiscal, o sujeito passivo apresentou nova manifestação às fls. 207 a 218, na qual reapresentou o teor da manifestação de fls. 151 a 162, inclusive contestando produtos que foram acatados pelo autuante na infração 1 (COCO SECO; MACÃ CROCANTE, UVAS PASSAS) e na infração 3 (CAPELLINI A NIDO e TRENETE ALL PESTO).

O autuante presta a terceira informação fiscal (fl. 224), afirmando que ciente da nova impugnação apresentada (fls. 206 a 222), constatou não ter havido adição de qualquer fato novo na mencionada peça senão aqueles frutos de apreciação anterior. Ratifica a informação fiscal, trazida entre as fls. 176 e 204.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de quatro infrações, sendo que as infrações 2 e 4 foram reconhecidas e pagas (fls. 165 a 173). Fica mantida a procedência destas infrações, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Quanto a nulidade suscitada, sob o argumento de que não foram apresentados todos os dados para comprovação dos valores exigidos, observo que tanto a infração 1 como a infração 3 fazem-se acompanhar de demonstrativos (fls. 23/29 e 41/45) descrevendo a acusação de que utilizou crédito de mercadorias beneficiadas com isenção e aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nos quais foram indicados número da nota fiscal, o CNPJ do emitente, o produto e respectivos valores que foram creditados indevidamente ou que aplicou a alíquota errada. Como se trata de dados coletados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do estabelecimento autuado, não ocorreu cerceamento do direito de defesa tendo em vista que o impugnante pode confrontar as informações contidas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização com a sua EFD. Ressalto que algumas decisões indicadas na defesa se referem aos exercícios de 2002 e 2007, períodos que ainda não tinha a EFD.

Além disso, no mérito o sujeito passivo apresentou diversos argumentos e provas que foram analisadas, acatadas e refutadas, cujas informações fiscais foram fornecidas ao impugnante, o que demonstra ter compreendido as infrações defendidas. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No mérito, quanto a infração 1, na defesa apresentada o sujeito passivo indicou diversos produtos que são tributados (COCO SECO, MACÃ CROCANTE; AÇAFRÃO EM PÓ; AÇAFRÃO EM ESTIGM; UVAS PASSAS USA; MANDIOCA 500GR; MANDIOQUINHA 500GR; FILÉ DE SALMÃO e FILÉ DE SARDINHA enlatados; FEIJÃO BRANCO 500 GR, FEIJÃO PRT TP LV e FEIJÃO CAR TEMP LV.

Na primeira informação fiscal o autuante acatou alguns produtos e refutou outros, mas após a manifestação do contribuinte com apresentação de outras provas, reconhece a legitimidade dos créditos relativos aos produtos que foram contestados.

Portanto, considerando que o sujeito passivo reconheceu a infração parcialmente e inexistente lide em relação aos produtos que alegou ter direito de uso do crédito, acato o demonstrativo remanescente apresentado pelo autuante à fl. 188, ficando reduzido o débito da infração 1 de R\$ 84.282,69 para R\$ 74.181,62.

Infração 1 procedente em parte, conforme demonstrativo resumo abaixo.

INFRAÇÃO 1				Fl. 188			
Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Inf. Fiscal	Data Ocorr	Data Vencido	Autuado	Inf. Fiscal
31/01/2014	09/02/2014	2.881,74	2.097,63	31/01/2015	09/02/2015	2.940,83	2.607,45
28/02/2014	09/03/2014	2.944,17	3.203,39	28/02/2015	09/03/2015	3.226,45	2.944,17
31/03/2014	09/04/2014	7.064,27	4.980,54	31/03/2015	09/04/2015	4.980,54	7.023,05
30/04/2014	09/05/2014	1.774,05	1.386,84	30/04/2015	09/05/2015	1.891,71	797,66
31/05/2014	09/06/2014	2.036,35	661,24	31/05/2015	09/06/2015	1.164,68	1876,14
30/06/2014	09/07/2014	2.965,53	5.129,15	30/06/2015	09/07/2015	5.318,06	2.237,46
31/07/2014	09/08/2014	1.449,10	458,18	31/07/2015	09/08/2015	678,40	339,02

31/08/2014	09/09/2014	1.527,46	6.216,74	31/08/2015	09/09/2015	8.156,41	1.506,34
30/09/2014	09/10/2014	1.182,20	2.493,35	30/09/2015	09/10/2015	2.493,35	718,17
31/10/2014	09/11/2014	6.531,59	4.627,94	31/10/2015	09/11/2015	5.091,73	6.285,13
30/11/2014	09/12/2014	1.593,48	4.168,80	30/11/2015	09/12/2015	4.719,40	1.489,07
31/12/2014	09/01/2015	3.107,65	7.942,52	31/12/2015	09/01/2016	8.563,54	2.991,64
				Total		84.282,69	74.181,62

No tocante a infração 3, na impugnação inicial o contribuinte alegou que não foi considerado: i) a aplicação de alíquota interna nas vendas interestaduais de produtos de informática (art. 266, XIII do RICMS/BA) com carga tributária de 7% (CARTUCHOS, MONITOR e MULTIFUNCIONAL); Produtos isentos, cujas saídas são desoneradas em razão da isenção concedida (RICMS/BA); Isenção na movimentação de PALLETs (art. 265, LVII); iii) transferências internas de bens de ativo e consumo (BALCÃO, BALCÃO EXPO, BALCÃO EXPOBALCÃO EXPO BATEDEIRA.... Art. 265, XXII, “a” e “b”, Conv. ICMS 70/90); iv) Produtos hortifrutícolas (MANGA, BERRIS, TOMATE, LEGUMES (art. 265, I, “a”); v); Produtos sujeitos à ST (STEAK DE PERNIL; TAPETE ...) relacionados no Anexo I do RICMS/BA e vi) produto tributado pela alíquota de 7% (MILHO VERDE) ao invés de 17% (art. 16 da Lei 7.014/96 e art. 51 do RICMS/BA).

Da mesma forma, na primeira informação fiscal o autuante acatou parte das alegações e refutou outras, que foram contestadas e apresentadas novas provas pelo impugnante. Na segunda informação fiscal o autuante reconsiderou as alegações a outros produtos, e manteve a exigência relativo a:

- A) Produtos isentos: Mantém a exigência relativa aos produtos que deram saídas para contribuintes diversos, não se aplicando a isenção concedida no art. 265, XXII do RICMS/BA;
- B) Produtos tributados com a alíquota de 7%: Mantém a exigência relativa ao produto MILHO VERDE QUERO por se tratar de produto em conserva e submetido a processo de industrialização.

Na manifestação sobre a segunda informação fiscal (fls. 207 a 218) foi reapresentado o teor da manifestação anterior (fls. 151 a 162).

Com relação aos produtos que a empresa entende ter saídas isentas, o autuante contestou que são destinados a contribuintes diversos e não se aplica a isenção prevista no art. 265, XXII do RICMS/BA. Por sua vez, o defendente indicou que as notas fiscais de números 3714, 3841, 3865, 3874, 3902, 4420, foram destinadas a filiais da empresa o que não foi contestado pela fiscalização.

Constatado que no demonstrativo remanescente apresentado pela fiscalização (mídia à fl. 189), as NFe 3714, 3841, 3865, 3874 e 3902, relacionam operações de transferências para a filial com o CNPJ 00.063.960/0048-64, relativo a RACK REFR e COMBO MOUSE TECLADO que se caracterizam como bens destinados a ativo ou consumo, com indicação de valores pouco significantes. O art. 265, XXII do RICMS/BA, estabelece:

Art. 265. São isentas do ICMS:

XXII – as remessas internas entre estabelecimentos de uma mesma empresa (Conv. ICMS 70/90):

- a) de bens integrados ao ativo permanente;*
- b) de materiais de uso ou consumo, assim entendidos, para os efeitos deste item, os produtos que tenham sido adquiridos de terceiros e não sejam utilizados para comercialização ou para integrar um novo produto ou, ainda, de produtos que não sejam consumidos no respectivo processo de industrialização.*

Constatado que as mencionadas notas fiscais relacionam também transferências de produtos destinados a comercialização, que não são aparados pela isenção e a NF-e 4420 emitida em 08/12/2015 tem como destinatário o CNPJ 38.922.878/0005-80 que não se destina a estabelecimento filial.

Pelo exposto, tomo como base o demonstrativo remanescente elaborado pela fiscalização (fl. 189) e faço a exclusão dos valores relativos às notas fiscais de transferências para estabelecimentos filiais de bens do ativo e materiais de uso ou consumo.

Quanto aos produtos MILHO_VERDE_QUERO que o autuado alega ser tributado pela alíquota de 7% ao invés de 17%, por entender que se enquadra na previsão contida no art. 16 da Lei 7.014/96 e art. 51, I, “a” do RICMS/BA, assiste razão a fiscalização, tendo em vista que se trata de produto em conserva com NCM 2005.6000 – “*Outros produtos hortícolas preparados ou conservados, exceto vinagre ou em ácido acético, não congelados, com exceção dos produtos da posição 20.06*”. Portanto, não se trata dos produtos da cesta básica (arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca) e fica mantida a exigência fiscal.

Pelo exposto, a infração 3 é julgada procedente em parte, com redução do débito de R\$ 21.598,75 para R\$ 16.261,03 conforme demonstrativo resumo abaixo.

INFRAÇÃO 3			Fl. 188			Fl. 189
Data Ocorr	Data Vencdo	Autuado	Inf. Fiscal	Excluído	Julgado	N. Fiscal
31/01/2014	09/02/2014	1.136,98	1.052,96		1.052,96	
28/02/2014	09/03/2014	1.719,37	1.700,96	42,10	1.658,86	3714
31/03/2014	09/04/2014	218,74	182,29		182,29	
30/04/2014	09/05/2014	157,44	141,35		141,35	
31/05/2014	09/06/2014	132,92	111,33		111,33	
30/06/2014	09/07/2014	70,91	68,11	0,74	67,37	3841
31/07/2014	09/08/2014	182,45	169,64	3,14	166,50	3865/3874
31/08/2014	09/09/2014	1.596,80	221,56	2,24	219,32	3902
30/09/2014	09/10/2014	131,64	113,14		113,14	
31/10/2014	09/11/2014	529,84	525,84		525,84	
30/11/2014	09/12/2014	108,64	87,24		87,24	
31/12/2014	09/01/2015	214,74	209,57		209,57	
31/01/2015	09/02/2015	3.297,30	150,97		150,97	
28/02/2015	09/03/2015	1.244,27	1.130,18		1.130,18	
31/03/2015	09/04/2015	274,62	217,03		217,03	
30/04/2015	09/05/2015	1.243,70	1.222,58		1.222,58	
31/05/2015	09/06/2015	927,64	870,86		870,86	
30/06/2015	09/07/2015	822,66	785,87		785,87	
31/07/2015	09/08/2015	516,17	424,77		424,77	
31/08/2015	09/09/2015	942,96	933,64		933,64	
30/09/2015	09/10/2015	1.065,56	1.039,90		1.039,90	
31/10/2015	09/11/2015	1.478,74	1.403,27		1.403,27	
30/11/2015	09/12/2015	214,37	199,13		199,13	
31/12/2015	09/01/2016	3.370,29	3.347,06		3.347,06	
Total		21.598,75	16.309,25	48,22	16.261,03	

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 3), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 e 45-B do mencionado diploma legal (fls. 6 a 9) a multa aplicada poderá ter redução de até 70%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, o ônus da multa aplicada efetivamente pode ser menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, julgando procedente as infrações 2 e 4 e procedente em parte as infrações 1 e 3, devendo ser homologados os valores já pagos.

Observo que conforme demonstrativo dos valores reconhecidos e pagos o impugnante indicou à fl. 152, o valor de R\$ 101.990,16 que é superior ao julgado totalizando R\$ 100.425,75 o que deve ser homologado no momento da liquidação, pela autoridade fazendária competente. Caso o valor pago seja superior ao devido julgado, poderá ser objeto de pedido de restituição de indébito nos termos do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0016/17-7**, lavrado contra **WAL MART BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 100.425,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO– PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR