

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0016/17-7
RECORRENTE - WAL MART BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0140-05/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0380-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS. Razões recursais prejudicadas da análise diante da confissão da dívida, por quitação do valor remanescente ínsito na Decisão recorrida, conforme previsto no art. 6º da Lei nº 13.803/17. 2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Rejeitada preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 5ª JF, através do Acórdão nº 0140-05/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir do estabelecimento autuado, com Inscrição Estadual nº 68090489, o valor histórico de R\$ 115.864,54, inerente a quatro exigências, relativas aos exercícios de 2014 e 2015, sendo objeto recursal as seguintes:

Infração 01 – 01.02.03. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 84.282,69, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto;*

Infração 03 – 03.02.02. *Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 21.598,75, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor nominal de R\$ 100.425,75, após consignar que as infrações 2 e 4 foram reconhecidas e pagas; rejeitar a nulidade das infrações 1 e 3, diante das seguintes considerações de mérito:

VOTO

[...]

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.

[...]

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.

Constato 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.

Constato 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.

[...]

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.

Observe 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.

Assim, a JJF concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração, no montante de R\$ 100.425,75.

No Recurso Voluntário, de fls. 256 a 282 dos autos, o recorrente, preliminarmente, arguiu a nulidade da autuação por preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação, pois torna-se imprescindível a apresentação de todos os documentos analisado e que vieram a basear o lançamento fiscal e a

elaboração dos demonstrativos apresentados, pois só assim fica assegurada a segurança jurídica, do que, para deixar claro o já evidente cerceamento do direito de defesa, observa que na planilha “*Infração nº 03 (...) Deb a Menor Erro Aliq_Lista Nota*”, o autuante apresenta como descrição do produto “SALDO”. Tece considerações sobre a inviabilidade de se identificar as mercadorias, objeto da exação, e invoca dispositivos regulamentares acerca do preparo do processo, do que entende evidente a nulidade do Auto de Infração.

Noutra vertente, pleiteia a improcedência da **exação 1**, pois o Acórdão recorrido, ao acatar a redução do autuante, deixou de observar que remanescem produtos tributados normalmente, a seguir:

- Produtos não relacionados ao Convênio ICMS 44/75, pois, conforme previsto no art. 265 do RICMS c/c a cláusula primeira, § 4º, do dito Convênio, houve expressa exclusão do “coco seco”, razão pela qual o produto autuado “ENT COCO SECO” é tributado normalmente, sendo legítimo o crédito das aquisições que datam de 11/2015, eis que o Convênio ICMS 21/15, que acrescentou o aludido § 4º, passou a produzir efeitos a partir de 08/2015;
- Da mesma forma, na cláusula primeira do Convênio ICMS 44/75 não há previsão de isenção para maçãs e uvas. Inclusive o Convênio ICMS 07/80 autorizou a exclusão do alho, amêndoas, avelãs, castanhas, nozes, peras e maçãs. Logo, descabe a glosa dos créditos para “MAÇA CROCANTE” e “UVAS PASSAS USA”.

Pleiteia também a improcedência da **infração 3**, pois o Acórdão recorrido, ao acatar as reduções do autuante e também excluir as Notas Fiscais nºs 3714, 3841, 3865, 3874 e 3902 de transferências entre estabelecimentos filiais de bens do ativo e uso/consumo, manteve indevidamente no saldo remanescente:

– **Vendas de mercadorias a consumidor final.**

O recorrente diz que o fisco pretende tributar os produtos constantes, dentre outras, nas Notas Fiscais nºs: 5, 162767, 163478, 164091, 165312, 168229, 169381, 169723, 175555, 177814, 180932, 182571, 187865, 187877, 188231, 189711, 190539, 190540, 194082, 198531 e 200617, à alíquota de 12%, por entender que se trata de operações interestaduais, tendo o Acórdão recorrido contribuído para violação da legislação estadual ao acatar a manutenção da exigência pelo autuante, com o argumento de que contraria o art. 15, II da Lei nº 7.014/96, isso porque os adquirentes eram consumidores finais e, de acordo com o art. 155, § 2º, VII da Constituição Federal, vigente à época, a tributação se dava pela aplicação da alíquota interna.

Logo, incide a previsão do art. 266, XIII do RICMS que reduz a carga tributária para os produtos de informática nas operações internas, conforme redação vigente à época, pois, sustenta que o referido art. 15, II da Lei nº 7.014/96, à época dos fatos, previa a alíquota de 12% apenas quando as mercadorias fossem destinadas a contribuinte do ICMS localizados em outra unidade da federação e, no caso em questão, se trata de adquirentes consumidores finais, cuja alíquota aplicada é aquela incidente nas operações internas (art. 155, § 2º, VII da CF/88) que, segundo art. 266, XIII do RICMS, corresponde a 7%.

Assim, segundo o recorrente, os exercícios autuados (2014 e 2015), para fins de determinação do aspecto quantitativo do fato gerador (alíquota e base de cálculo), são regidos 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, devendo ser excluídos da exigência fiscal.

– **Produtos isentos.**

O recorrente diz que se equivoca o autuante ao exigir ICMS de produtos cujas saídas são desoneradas do imposto em razão da isenção concedida, do que cita diversos itens (balcão expo; balcão inox c/tamp; batedeira; caldeirão; combo mouse teclado; rack refr; refrigerador, etc.) e destaca que a previsão da isenção está contida no art. 265, XXII do RICMS, do que salienta que demonstrou que as Notas Fiscais nºs: 3714, 3841, 3865, 3874 e 3902 tratavam-se de

transferência para estabelecimento filial de bens do ativo e materiais de uso ou consumo, tanto que foram excluídas do lançamento fiscal pelo Acórdão recorrido. Contudo, está contido no aludido Acórdão que *“as mencionadas notas fiscais relacionam também transferência de produtos destinados a comercialização, que não são aparados pela isenção.”*

Assim, sustenta o apelante que, mesmo que os produtos destinados a comercialização não estejam acobertados pela isenção, o que admite apenas para argumentar, observa-se que o julgador confirma (pelo menos) a não incidência do ICMS sobre operação, quando menciona tratar-se de transferência, do que invoca jurisprudência acerca de que não há tributação nas transferências para concluir que resta caracterizada a não tributação das operações autuadas.

– **Produtos sujeitos à substituição tributária.**

Diz que outro equívoco da fiscalização foi desconsiderar que o ICMS relativo às operações com os produtos: “CAPELLINI A NIDO” e “TRENETTE ALL PESTO” já foi recolhido pelos respectivos fornecedores, por tratar de itens sujeitos à substituição tributária, eis que se tratam 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, devendo ser excluídos da autuação.

– **Produtos tributados com a alíquota de 7%.**

Diz que o fisco exige a alíquota de 17% para o produto “MILHO VERDE QUERO”, desprezando a previsão do art. 16 da Lei nº 7.014/96 e o art. 51, I do RICMS/Ba, tendo o Acórdão recorrido entendido que o item não é isento por se tratar de produto industrializado. Já o recorrente defende improceder o argumento de que o produto em conserva descaracteriza o estado natural, na medida em que a desidratação, congelamento ou embalagem do vegetal não altera suas características ou composição e nem configura transformação ou processamento, permanecendo o produto tal qual fora retirado da natureza, do que cita jurisprudência para, em seguida, concluir que não se pode entender que os alimentos embalados tenham passado por prévio processo de industrialização, propriamente dito, visto que não alterada a natureza do produto, pois, do contrário, estar-se-ia subvertendo a lógica da legislação isentiva que concede tratamento tributário privilegiado para os produtos hortifrutícolas, sem especificação de outras condições para fruição do benefício, na medida em que não desnatura seu estado natural, sendo despicando o obstáculo apresentado pela fiscalização para a concessão da isenção. Assim, aduz não proceder a aplicação da alíquota de 17% para “MILHO VERDE QUERO”.

O recorrente alega a desproporcionalidade e exorbitância da multa aplicada de 60% sobre o valor principal, pois viola frontalmente o princípio da razoabilidade, proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal, do que cita jurisprudência. Assim, requer a improcedência da cobrança da multa ou, subsidiariamente, sua redução ao patamar razoável de 20%, consoante jurisprudência.

Requer seja levado em consideração o benefício da dúvida, nos termos do art. 112 do CTN, aplicando-se a interpretação mais favorável ao contribuinte, julgando improcedente a exigência fiscal.

Por fim, em seus pedidos finais, requer o reconhecimento e decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal e, sucessivamente, que seja reduzida ou mesma afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco, assim como, em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN), do que protesta 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.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque e que em sua oportunidade exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF, em relação ao saldo remanescente das infrações 1 e 3, respectivamente, de: R\$ 74.181,62 e R\$ 16.261,03, inerentes aos exercícios de 2014 e 2015, sob as acusações:

- **Infração 01:** utilizar crédito fiscal indevido de R\$ 84.282,69 nas aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto; e
- **Infração 03:** recolher a menos o ICMS de R\$ 21.598,75, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias.

De início, registre-se que, quanto à infração 01, do valor lançado no Auto de Infração de R\$ 84.282,69, a JJF manteve a exigência de R\$ 74.181,62, tendo o sujeito passivo, em **07/12/2017**, através do benefício da Lei nº 13.803/17, recolhido o valor principal de R\$ 79.032,08, como se verifica às fls. 166 e 167 dos autos, portanto superior ao da Decisão recorrida.

Já a infração 03, do valor original de R\$ 21.598,75, a JJF manteve a exigência de R\$ 16.261,03, tendo o contribuinte recolhido o valor nominal de R\$ 12.975,98, como se comprova às fls. 170 e 171 dos autos.

Portanto, quanto às razões recursais relativas à infração 01, vislumbro prejudicadas de sua análise em decorrência da confissão irretratável da dívida, bem como renúncia/desistência de qualquer ação ou recurso, eis que totalmente quitado o valor remanescente ínsito na Decisão recorrida, conforme previsto no art. 6º da Lei nº 13.803/17.

Ademais, todas as alegações recursais limitam-se, tão-somente, aos itens “ENT COCO SECO”; “MAÇA CROCANTE” e “UVAS PASSAS USA”, os quais já tinham sido objeto de acolhimento pelo autuante e, em consequência, excluídos da exação fiscal, como se pode comprovar às fls. 186 e 191 a 196 dos autos, cujo valor remanescente de R\$ 74.181,62, foi acolhido pela Decisão recorrida. Assim, também, não teria como prosperar as referidas alegações recursais.

Contudo, em relação às razões recursais relativas à infração 03, de cujo valor remanescente firmado na Decisão recorrida de R\$ 16.261,03 o contribuinte reconheceu e recolheu R\$ 12.975,98, devem ser analisadas.

De início, rejeito a preliminar de nulidade da autuação sob a alegação de que a planilha apresenta como descrição do produto “SALDO”, o que não se verifica na mídia às fls. 189 dos autos, oportunidade em que o autuante analisou as alegações de defesa atinentes e, inclusive, acolheu os argumentos relativos: “Vendas de mercadorias a consumidor final”; “Produtos sujeitos à substituição tributária” (CAPELLINI E NIDO e TRENETTE AL PESTO), o que por si só já demonstra a inexistência de qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, fato este corroborado pelo reconhecimento e recolhimento de quase totalidade do ICMS reclamado pelo sujeito passivo.

Ainda há de registrar que, nos termos do art. 147, I e II do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido do recorrente para a realização de diligência ou perícia fiscal por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito, como dito, as alegações recursais relativas às “Vendas de mercadorias a consumidor final” e “Produtos sujeitos à substituição tributária” já haviam sido acolhidas pelo autuante desde a última informação fiscal, às fls. 186/187 dos autos, ou acolhidas pela JJF, ao excluir os valores atinentes aos “Produtos isentos”, fato admitido pelo próprio recorrente, conforme excerto da Decisão recorrida, a seguir:

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.

Constato 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:

[...]

Constato 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.

Diante de tais considerações, a única alegação recursal sujeita à modificação, por não ter sido objeto de desoneração pela JJF, diz respeito ao item “Produtos tributados com a alíquota de 7%”, pelo qual o apelante refuta o entendimento da JJF de que o “MILHO VERDE QUERO” deve ser tributado à alíquota de 17% por se tratar de produto industrializado, desprezando a previsão do art. 16 da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao referido produto “MILHO VERDE QUERO”, verifica-se tratar de produto industrializado, não compreendido como itens da cesta básica (arroz, feijão, milho, macarrão, sal cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca), abarcado à alíquota de 7% no art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96, cujo tratamento tributário de isenção às saídas internas e interestaduais ao milho (produtos hortifrutícolas) foi dado através do Decreto nº 13.966, de 04/05/2012, consoante previsto no art. 265, I, “a” do RICMS, desde que não destinadas à industrialização.

Contudo, no caso concreto, por tratar o item “MILHO VERDE QUERO” de produto industrializado, em conserva, inclusive com logotipo do fabricante na embalagem, com transformação do estado natural, a exemplo das ervilhas, caracteriza processo de industrialização, eis que o Decreto nº 7.212/2010 (RIPI), dispõe em seu art. 4º:

“Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento);”

Diante destas considerações, comungo do entendimento da Decisão recorrida de que, para tributação de tal produto, à época dos fatos geradores, aplica-se a alíquota de 17%, previsto no art. 15, I, “a” da Lei nº 7.014/96, conforme excerto a seguir:

Quanto aos produtos MILHO VERDE QUERO que o atuado 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.

Ademais, válido registrar inexistir em de 2014 operações com milho e no exercício de 2015, o débito em discussão seria apenas de R\$ 36,99, ou seja, a exação 3 passaria de R\$ 16.261,03 para R\$ 16.224,04.

Por fim, registre-se inexistir motivo para aplicação do art. 112 do CTN, sendo descabido tal pleito.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é exorbitante e que redundará em violação ao princípio do não-confisco, falece competência a este colegiado tal análise, nos termos do art. 125, incisos I e III do COTEB, por resultar em avaliação relativa a inconstitucionalidade, como também acerca da negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, tendo em vista que a penalidade de 60% é prevista aos casos de crédito indevido ou de erro na aplicação da alíquota, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente, conforme hipótese legal ínsita no artigo 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, devendo ser homologado os pagamentos efetuados pelo recorrente com benefício de Lei.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278904.0016/17-7, lavrado contra **WAL MART BRASIL LTDA.** devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 100.425,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os pagamentos efetuados pelo recorrente com benefício de Lei.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANATANA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATO - REPR. DA PGE/PROFIS