

A.I. N° - 232845.2243/14-9
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTES - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO e LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12.11.2015

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0187-01/15

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ADOÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. TRÊS LANÇAMENTOS. Demonstrado que foram incluídas no levantamento fiscal mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja fase de tributação se encontra encerrada, além de operações isentas de ICMS, além de não ter sido observada a existência de mercadorias cujas operações gozam de redução de base de cálculo e de mercadoria cuja alíquota é de 7%. Refeitos os lançamentos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30.3.15, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 93.522,49, com multa de 60%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 45.863,58, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.335,93, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 62/74) dizendo que, após levantamento interno, verificou que a “denúncia” procede em parte em relação a alguns produtos, e por isso foi feito o pagamento parcial.

Impugna o lançamento do item 1º alegando que o fiscal autuante não considerou os “produtos” sujeitos a substituição tributária, cobrando imposto que já foi pago, como é o caso das mercadorias espetinho de frango, espetinho suíno, coxa com sobrecoxa e chester assado, por exemplo, todas enquadradas no regime de substituição tributária, conforme itens 34 e 35 do anexo I do RICMS, razão pela qual a empresa não as tributou. Aduz que o mesmo ocorreu com os “produtos hortifrúteis”, como aipim picado e tomate sweet grape, indicados no referido anexo I. Alega que como essas, outras mercadorias também foram enquadradas erroneamente pela fiscalização: alcachofra em comprimidos, alcachofra composta, escada de alumínio, pano de prato, luvas e outras, enquadradas nos itens 32, 24.75, 35.37 e 32.4. Alega que aipim e tomate sweet grape (o mesmo que tomate-cereja) são isentos de ICMS, conforme art. 265 do regulamento. Considera que é aparente a fragilidade do enquadramento adotado pelo autuante quanto a alguns itens, notadamente de “produtos” isentos e os sujeitos a substituição tributária.

Também impugna o lançamento do item 2º, alegando que o autuante não considerou a tributação reduzida do leite, bem como a mudança na legislação tributária no tocante ao composto lácteo,

equiparado a leite com a publicação do Decreto nº 14.681/13, que reduziu a base de cálculo dos produtos lácteos para 7%, igualando-os ao leite, com vigência a partir de 1.8.13. Quanto ao leite em pó, observa que a redução da base de cálculo data da vigência do próprio RICMS, conforme seu art. 268, inciso XXV. Reclama que o fiscal desconsiderou a redução da base de cálculo dos produtos lácteos, bem como deixou de aplicar a redução para o leite em pó Nan e o leite Nestogeno, ambos recomendados para bebês, tendo ao todo sido desconsiderados os produtos Nan Comfort, Nan Comfort 1, Nestogeno Fórmula 1, Nestogeno Fórmula 2 e Nestogeno Fórmula Plus. Aduz que, por essas razões, improcede o levantamento fiscal, sem atentar para o fato de que leite em pó tem redução da base de cálculo, bem como os compostos lácteos em geral, de forma que a “alíquota” final seja de 7% a partir de 1.8.13. Já no tocante ao milho, a empresa adotou a alíquota de 7% baseada no art. 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Reclama da exorbitância da multa aplicada, que considera abusiva, por duas razões: ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude e violação ao princípio do não confisco. Alega que, em casos como esse, os pretórios administrativos entendem pelo afastamento da multa ou sua desqualificação, reduzindo o seu montante. Aponta como exemplo uma decisão do CARF. Cita doutrina. Reporta-se a uma decisão do STF dos anos de 1980. Transcreve ementa de decisão na ADI 1075 e de outros acórdãos mais recentes. Aduz que o STF reiterou o entendimento confirmando entre 20% e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não confisco. Requer o reconhecimento da improcedência da autuação no que concerne à multa aplicada, ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável, entre 20% e 30%. Apela para a observância do princípio do “in dubio pro contribuinte”.

Pede que se declare a improcedência do Auto de Infração, ou que, em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica de forma mais favorável à impugnante. Protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção e tudo o mais que concorra para a prática da justiça. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 101-102) dizendo que, quanto aos questionamentos das saídas de algumas mercadorias, o autuado tem razão, e por isso procedeu às devidas exclusões e apresentou as novas planilhas ao preposto autorizado, passando o valor do imposto do item 1º de R\$ 93.522,49 para R\$ 76.804,67, e o do item 2º, de R\$ 45.863,58 para R\$ 31.091,06, sendo que o item 3º não foi objeto de questionamentos.

Deu-se ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte (fls. 141/143), e este não se manifestou.

VOTO

Dos três lançamentos objeto deste Auto de Infração, estão em discussão apenas os dois primeiros, que acusam o mesmo fato – recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O contribuinte apresentou defesa reclamando que no lançamento do 1º item o fiscal autuante não considerou que algumas mercadorias são sujeitas a substituição tributária, de modo que a autuação implicaria cobrança de imposto que já foi pago. Aponta as mercadorias em questão. Diz que foi por isso que a empresa não as tributou. Além disso, foram incluídas no levantamento mercadorias cujas operações são isentas de ICMS. Aponta as mercadorias.

Quanto ao lançamento do item 2º, o autuado reclama que não foi levada em conta a tributação reduzida do leite, bem como a mudança na legislação tributária no tocante ao composto lácteo, equiparado a leite com a publicação do Decreto nº 14.681/13, que reduziu a base de cálculo dos produtos lácteos para 7%, igualando-os ao leite, com vigência a partir de 1.8.13. Quanto ao leite em

pó, observa que a redução da base de cálculo data da vigência do próprio RICMS, conforme seu art. 268, inciso XXV. Já no tocante ao milho, diz que a empresa adotou a alíquota de 7% baseada no art. 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O fiscal autuante, na informação, reconheceu os equívocos e elaborou novas planilhas, passando o valor do imposto do item 1º de R\$ 93.522,49 para R\$ 76.804,67, e o do item 2º, de R\$ 45.863,58 para R\$ 31.091,06.

Acato a revisão efetuada pela autoridade fiscal, relativamente aos itens 1º e 2º. O item 3º não foi impugnado. O demonstrativo do débito dos itens 1º e 2º deverá ser ajustado com base nos elementos apresentados pelo autuante à fl. 104.

Quanto ao protesto da defesa em relação às multas aplicadas, que considera exorbitantes, cumpre assinalar que no âmbito administrativo não é razoável discutir o direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232845.2243/14-9**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 109.231,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2015

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR