

PROCESSO - A. I. Nº 140779.0007/04-3
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0156-03/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 18/08/2005

2ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0278-12/05

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado que parte das operações sujeitas à alíquota de 25% foram tributadas a 17%. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitado o pedido de diligência e nulidade argüida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, reduzindo a exigência de pagamento de imposto, de R\$983,45 para o valor de R\$734,48, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado apresentou defesa, fls. 24 a 33, alegando que recolheu o imposto corretamente e que ocorreu uma interpretação errada do fisco ao lançar notas fiscais de “lavanda, seiva de alfazema” como se fossem “colônias ou deo-colônia”.

Os autuantes, em sua informação fiscal, afirmam que não incluíram os produtos indicados pela defesa no levantamento realizado e apresentaram novo demonstrativo de débito acatando os recolhimentos comprovados.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, afastou as preliminares suscitadas pelo autuado e no mérito, assim fundamentou a sua Decisão pela procedência do Auto de Infração:

“Apreciando as colocações da defesa, inicialmente rejeito o pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) tendo em vista o meu convencimento formado sobre a presente lide.

Deixo de acatar as seguintes preliminares de nulidade suscitadas:

Quanto à alegação de que falta clareza e precisão do lançamento, não acato tendo em vista que os demonstrativos juntados ao processo (fls.12 a 26) pelos autuantes evidenciam que o contribuinte foi acusado de utilizar alíquotas de 17% em operações em que a alíquota prevista era de 25% e 27%. Tanto é clara e precisa que o impugnante se defendeu e apresentou demonstrativo comprovando que havia pago parte do débito que lhe fora imputado.

No que se refere à alegação de que o Auto de Infração não contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, também não pode ser acatada, haja vista que os demonstrativos elaborados pelos autuantes e que dão respaldo a autuação foram elaborados com base nos arquivos magnéticos apresentados pelo próprio contribuinte e o Auto de Infração descreve a infração e identifica com precisão que o autuado é o sujeito passivo da obrigação tributária.

No mérito, quanto à infração 01, o autuado foi acusado de ter recolhido o ICMS a menor do que o devido em relação às operações de vendas de deocolônias, que segundo o autuante foi tributada com a alíquota de 17% ao invés de 25% (exercício de 2001) e 27% (exercício de 2002).

O autuado alegou que os autuantes incluíram no levantamento os produtos Lavanda e Seiva de Alfazema o que foi negado pelos autuantes. Verifico que no demonstrativo elaborado pelos autuantes às fls. 14 a 20, foram incluídos somente os produtos codificados como Colônia e Deo Colônia, motivo pelo qual não acato tal alegação.

No que se refere à alegação defensiva de que já tinham sido pagas as diferenças apuradas pelo autuante, verifico que o impugnante apresentou uma relação de pagamentos (fls. 56 a 61) acompanhada dos respectivos comprovantes de recolhimento do ICMS relativo ao período de janeiro a julho de 2002. Por sua vez o autuante acatou os valores pagos e apresentou um novo demonstrativo à fl. 80, no qual indicou que resta diferença devida de R\$665,34.

Verifico que os valores recolhidos relativos à diferença de 17% para 25% (2001) e 27% (2002), contemplam apenas as operações da loja 523 (fl. 56) do período de janeiro a junho/2002 com valor do principal de R\$318,07 e comprovantes de pagamentos juntados às fls. 65 a 71. Considerando que no demonstrativo apresentado pelo autuante (fl. 10 a 12) foram indicadas todas as operações e que em alguns meses os pagamentos comprovados apresentam valor menor do que o exigido na infração e, que não foram apresentados comprovantes de pagamentos relativos ao exercício de 2001 e de julho a dezembro de 2002, considero devido na infração 01 o valor de R\$734,48 conforme demonstrativo abaixo:

Data da Ocorr.	Data Vencio	Base de Cálculo	Aliq %	Débito exigido	Valor pago	Fl	Multa %	Valor do Débito
31/01/01	09/02/01	52,56	25,00	13,14			60,00	13,14
28/02/01	09/03/01	55,92	25,00	13,98			60,00	13,98
31/03/01	09/04/01	51,40	25,00	12,85			60,00	12,85
30/04/01	09/05/01	31,48	25,00	7,87			60,00	7,87
30/05/01	09/06/01	44,92	25,00	11,23			60,00	11,23
30/06/01	09/07/01	71,20	25,00	17,80			60,00	17,80
31/07/01	09/08/01	30,56	25,00	7,64			60,00	7,64
30/08/01	09/09/01	73,00	25,00	18,25			60,00	18,25
30/09/01	09/10/01	37,24	25,00	9,31			60,00	9,31
31/10/01	09/11/01	36,76	25,00	9,19			60,00	9,19
30/11/01	09/12/01	58,80	25,00	14,70			60,00	14,70
31/12/01	09/01/02	69,84	25,00	17,46			60,00	17,46
31/01/02	09/02/02	0,00	27,00	10,72	54,13		60,00	
28/02/02	09/03/02	103,37	27,00	81,80	53,89		60,00	27,91
31/03/02	09/04/02	0,00	27,00	43,58	46,94		60,00	
30/04/02	09/05/02	324,30	27,00	142,64	55,08		60,00	87,56
31/05/02	09/06/02	494,37	27,00	197,23	63,75		60,00	133,48
30/06/02	09/07/02	0,00	27,00	21,91	44,28		60,00	
31/07/02	09/08/02	163,59	27,00	44,17			60,00	44,17
31/08/02	09/09/02	201,00	27,00	54,27			60,00	54,27
30/09/02	09/10/02	184,04	27,00	49,69			60,00	49,69
30/10/02	09/11/02	215,70	27,00	58,24			60,00	58,24
30/11/02	09/12/02	197,22	27,00	53,25			60,00	53,25
31/12/02	09/01/03	268,48	27,00	72,49			60,00	72,49
Subtotal				983,41				734,48

Quanto aos pagamentos supostamente efetuados a mais que o devido, o contribuinte pode pedir sua restituição, se porventura ficar comprovado, cabendo ao autuado formular o pedido do indébito (art. 112, § 4º do RICMS/97), na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (art. 73 a 78 do RPAF/99) o que não pode ser feito nesta fase processual por inexistência de amparo legal.

Quanto à infração 02, foi reconhecida pelo autuado (fl. 78). Ficando mantida a multa de R\$26,78 com a homologação do valor recolhido.

Quanto à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, sua utilização tornou-se prática reiterada da administração tributária em todas esferas de competência e é prevista nos art. 102, § 2º, II da Lei Estadual de nº 3.956/81 (COTEB). Portanto, é legal sua utilização.

O contribuinte alegou também, que a multa aplicada de 60% é confiscatória e inconstitucional. Observo que a multa aplicada é prevista no art. 42, II, “d” e seu § 1º da Lei nº 7.14/96 e da mesma forma que foi invocada a inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167 do RPAF/BA).

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

O recorrente, por seu advogado, interpõe Recurso Voluntário e em suas razões recursais inicialmente analisa a Decisão recorrida e, preliminarmente, requer a exclusão do valor confessado e recolhido referente à infração 2, verificando que conta na Resolução do Acórdão recorrido como sendo devido pelo contribuinte.

Reitera a arguição de nulidade do Auto de Infração, afirmando que os fatos levantados no procedimento fiscal não foram demonstrados de forma clara e precisa, uma vez que foram lançados pelo autuante produtos em duplicidade, os quais exemplifica.

Aduz que a troca de produtos pelo fiscal autuante invalida a autuação por gerar dúvidas quanto à liquidez e certeza do crédito, sustenta que o procedimento violou o art. 18 do RPAF.

Aponta que caberia ao fisco o ônus de produzir as provas do alegado, e mesmo assim, a Decisão recorrida rejeitou a preliminar que suscitara por entender que os atos fiscais gozam de presunção de legitimidade, cabendo ao contribuinte provar o contrário.

Sustenta que a jurisprudência tem entendido que mesmo o ato administrativo gozando de presunção de legitimidade, não isenta o Fisco de apresentar as provas que o levou a autuação.

Transcreve Acórdãos do STJ e do TRF da 4ª Região e deste Conselho de Fazenda, Acórdão JJF Nº 0045/99 e JJF Nº 0196/99.

Afirma também que houve cerceamento ao direito de defesa e do contraditório, tendo em vista a falta de prova em relação à infração apontada.

Cita o artigo 2º do RPAF que consagra o direito à ampla defesa e destaca a respectiva previsão de nulidade expressa no art. 18 do mesmo diploma legal.

No mérito, reitera que a autuação não prospera porque o autuante lança inúmeros produtos em duplicidade, cuja comprovação requer por juntada posterior de provas e por exigir a diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese da incidência do art. 5, inciso II, “h”, do RICMS/97, a exemplo de lavanda e alfazema, tendo em vista a sua classificação fiscal e conforme cópias de documentos fiscais anexadas ao Recurso Voluntário.

Ressalta que embora os fabricantes adotem os nomes de “Deo Colônia Belle Nature Alfazema” ou “Deo Colônia Lavanda Acalu” esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como Lavanda e Alfazema, descabendo, assim, a alegação de que o recorrente recolheu a menor o ICMS.

Reitera os argumentos aduzidos em sede de impugnação da autuação em relação à aplicação da multa de 60% que considera confiscatória, citando a opinião de doutrinadores sobre o tema e Decisão do TRF da 5ª Região, mantendo a redução de multa de 100% para 20% em processo de execução fiscal.

Igualmente, em relação à aplicação da taxa SELIC, salientando não se tratar da inconstitucionalidade da norma que a instituiu e sim de escolher a norma válida a seguir, uma vez que o § 1º do art. 161 do CTN determina que só se pode cobrar juros de mora, não admitindo

percentual superior a 1% e, conforme o Enunciado 001-FVC-IMP “*A taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) não pode ser utilizada como taxa de juros moratórios legais*” (Reunião do dia 12.05.20040 - Fórum Permanente dos Juizes das Varas Cíveis de Pernambuco).

Pede que, se alguma dúvida ainda restar quanto à ofensa ao princípio da legalidade e da verdade material, seja aplicado ao caso o princípio “*in dubio pro contribuinte*”, para julgar o Auto de Infração Improcedente.

Requer, ao final, que seja desconstituído o valor referente à infração 2, já recolhido pelo contribuinte e que seja decretada a Nulidade da infração 1, em face da inexistência de provas do alegado, o que faz por cercear o direito de defesa e que leva à Improcedência da infração pelas razões referidas.

O PAF foi encaminhado à Procuradoria Fiscal e Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, em seu Parecer sintetiza as alegações do recorrente e aponta que, da análise dos autos, as nulidades suscitadas não merecem acolhimento. O trabalho fiscal está indicando com precisão as infrações cometidas, tendo o contribuinte exercido com plenitude o seu direito à ampla defesa, demonstrando compreender as infrações que lhes estão sendo imputadas.

Observa que os autuantes negaram e a d JJF confirmou que não foram incluídos no levantamento fiscal os produtos alegados pelo contribuinte, constando os produtos “colônias” e “deocolônias”.

Aduz que, no mérito, essa matéria já foi por diversas vezes debatida no CONSEF, que tem se posicionado no mesmo sentido da DITRI, para considerar que os produtos denominados deocolônias, colônias e desodorantes corporais são espécies do gênero perfume, todos classificados na posição NBM/SH 3303.00 como “PERFUMES E AGUAS DE COLÔNIAS”.

Afirma ainda que a questão da multa de 60% aplicada tem previsão legal, e quanto à taxa SELIC informa que a Lei nº 9250/95 prevê, nos termos da autorização do art. 161 do CTN, que esse será o instrumento para aplicação dos juros de mora. Observa que a matéria está pacificada nos Tribunais Superiores e transcreve a Decisão STJ, AGRESP 438757/MG.

Por fim, não vendo razão para aplicação do princípio da dúvida, diante do exposto, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente reitera a arguição de nulidade do Auto de Infração, afirmando que os fatos levantados no procedimento fiscal não foram demonstrados de forma clara e precisa, e que caberia ao fisco o ônus de produzir as provas do alegado.

Verifico que essas alegações já foram devidamente enfrentadas e, fundamentadamente, afastadas pela Decisão recorrida.

Ademais, constato que, de fato, os demonstrativos juntados pelos autuantes evidenciam que o contribuinte foi acusado de utilizar a alíquota de 17% em operações com produtos em que as alíquotas previstas eram de 25% e 27%.

Entendo que a prova que caberia ao fisco foi produzida, uma vez que as informações contidas nos referidos demonstrativos foram obtidas nos arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte e os produtos listados dizem respeito a “colônias”, “deo-colônias” ou “deo desodorantes” que foram considerados pelo autuante como espécies do gênero “perfumes”.

Sobre a alegação de cerceamento do direito de defesa, verifico que o contribuinte o exerceu plenamente, demonstrando tanto na impugnação do lançamento quanto no presente Recurso Voluntário, compreender as infrações que lhes estão sendo imputadas.

Portanto, entendo que o procedimento fiscal é válido, pois não constato no Auto de Infração nenhuma das situações previstas no art. 18 do RPAF/97.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade da taxa SELIC, adoto o mesmo entendimento externado no Parecer Jurídico da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). A Lei nº 9.250/95 prevê a aplicação da referida taxa, no termos da autorização do art. 161 do CTN, servindo esta de instrumento para a aplicação de juros de mora. Há decisões dos Tribunais Superiores que legitimam a cobrança a partir de 1996, sendo transcrito um Acórdão no Parecer da PGE/PROFIS originário do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Assim, acompanho o Parecer da Douta procuradora e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 140779.0007/04-3, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$734,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa de R\$26,78, prevista no art. 42, II, “d”, § 1º, da citada lei, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos pelo contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS