

PROCESSO - A. I. Nº 207348.0003/04-8
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0191-03/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 21/09/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0296-12/05

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Refeitos os cálculos pelo autuante, em decorrência da comprovação apresentada pelo contribuinte, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO NAS SAÍDAS SUBSEQUENTES. MULTA. Deve ser mantida a condenação do recorrente no valor objeto do Auto de Infração, posto que o pagamento pelo mesmo efetuado ocorreu após a autuação, homologando-se os valores recolhidos. Não cabe a esse órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0191/03-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir do autuado o valor de R\$2.178,50, a título de ICMS, acrescido da multa de 60%, além da multa no valor de R\$578,46, por falta de cumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, ainda, que o contribuinte aplicou a alíquota inferior à determinada pela legislação, conforme valores apurados a partir do Registro 60R, dos Arquivos Magnéticos enviados pelo autuado, via SINTEGRA, no período de janeiro a novembro de 2001 e de janeiro a novembro de 2002. Valor do débito: R\$2.178,50.
2. Multa percentual aplicada sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativamente a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrado na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no mês de março de 2003. Valor do débito: R\$578,46.

O autuado apresentou defesa, informando, inicialmente, que em relação à segunda infração, reconhece o débito apurado e por esta razão efetuou o recolhimento do imposto, conforme DAE à fl. 76, requerendo a extinção da dívida. O defendente reproduziu ensinamentos de Luiz Henrique Barros de Arruda e suscitou nulidade da autuação, argumentando que o autuante apenas se limitou a alegar que houve recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação da alíquota.

Entretanto, foi recolhida a diferença de 17% para 27%, conforme demonstrativo que anexou aos autos, pedindo, por esta razão, a decretação da nulidade da autuação, com base nos arts. 18, IV, “a” e 39, II, do RPAF/99. Afirmou que a prova da infração apontada deve ser produzida pelo Fisco, e não pelo contribuinte, porque o ente público tem o dever de lançar o tributo, consoante o art. 142 do CTN. Citou jurisprudência e ensinamentos da doutrina, quanto a esta última questão, ressaltando que o demonstrativo elaborado pelos autuantes não esclarece nem prova coisa alguma. Colacionou aos autos, de igual forma, decisões do CONSEF, no sentido da decretação da nulidade do Auto de Infração lavrado sem nenhuma prova, além de ensinamentos de Hely Lopes Meirelles. Quanto aos valores apurados no levantamento fiscal, o contribuinte afirmou, também, que houve pagamento da diferença, de 17% para 27%, conforme documentos que anexou aos autos, reiterando que está demonstrada a falta de clareza e precisão do lançamento fiscal. Teceu comentários a respeito da inaplicabilidade da taxa SELIC, entendendo haver inconstitucionalidade na aplicação da mencionada taxa, e em relação à multa indicada no Auto de Infração, aduziu que a mesma é confiscatória. Quanto a essa questão, citou decisões dos tribunais, argumentando que deve haver redução da multa em observância ao princípio da vedação do confisco. Comentou o art. 112 do CTN, protestando pela produção de todos os meios de prova, inclusive perícia e diligência, requerendo a nulidade da ação fiscal, bem como que seja homologado o pagamento efetuado referente à infração 02.

Os autuantes, em sua informação fiscal, alegaram que, em relação à preliminar de nulidade, em nenhum momento foram adotados, na ação fiscal, procedimentos que implicassem preterições do direito de defesa, bem assim que o Auto de Infração foi lavrado a partir de documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado, ressaltando, inclusive, que o contribuinte recolheu parte do imposto reclamado. Quanto à primeira infração, os autuantes informaram que os valores por eles apurados referem-se a diferenças efetivamente existentes, e, ao contrário do que argumentou o autuado, não houve qualquer interpretação extensiva e inclusão de mercadoria não prevista na legislação, ou seja, não foram incluídas no levantamento fiscal as lavandas e seivas de alfazema ou assemelhados. Afirmaram que no período de janeiro a julho de 2002, o autuado recolheu o ICMS no valor de R\$961,50, sendo apurado no mencionado período o imposto no valor de R\$2.178,50, por isso, a diferença a recolher é de R\$1.217,00, conforme novo demonstrativo anexado aos autos. Quanto aos demais meses do levantamento fiscal, aduziram que o autuado não efetuou qualquer recolhimento. Contestaram a alegação defensiva quanto à taxa SELIC, e reiteraram que o autuado efetuou o pagamento do valor indicado na segunda infração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação, na qual fez constar as mesmas alegações da impugnação inicial, invocando o entendimento de que restou demonstrado que o presente lançamento não contém os elementos suficientes para a determinação exata da infração e do infrator, e que o mesmo não é claro, nem preciso. Transcreveu decisões de tribunais e ensinamentos de juristas. Concluiu pedindo a nulidade do Auto de Infração em lide, em razão das provas apresentadas e do erro quanto à alíquota de lavanda e seiva de alfazema, excetuados no art. 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97.

Através do Acórdão JF N° 0191/03-05, a 3ª JF julgou procedente em parte o Auto de Infração, reduzindo o valor do débito referente à infração 1 para R\$1.501,05, sob o entendimento de que:

- a) desnecessária de faz a realização de perícia solicitada pelo autuado, vez que, com esboço no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide;
- b) rejeita-se a preliminar de nulidade da infração 1, suscitada pelo autuado, posto que a descrição dos fatos foi efetuada de forma clara, ficando evidente o enquadramento legal e a irregularidade apurada, verificando-se, através da simples leitura da peça defensiva, que o contribuinte entendeu perfeitamente a infração que lhe foi imputada, estando o Auto de Infração revestido das formalidades legais, haja vista que estão determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, inexistindo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99;

- c) quanto ao *meritum causae* da infração 1, decidiu a Primeira Instância que no levantamento fiscal foram relacionadas as deocolônias, de acordo com os arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado, fato confirmado pelo autuante na informação fiscal, não se encontrando lavandas e seivas de alfazema, como alegado pelo próprio contribuinte; de acordo com os arts. 51, II, h, e 51-A, II, verifica-se que não há dúvida de que perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia são produtos que estão enquadrados no mesmo código NBM/SH 3303.00, e, por isso, deve ser exigido o imposto na forma apurada pelos autuantes;
- d) no que concerne à alegação do autuado de que houve pagamento da diferença de 17% para 27%, conforme documentos que anexou aos autos, tendo em vista que os autuantes acataram as provas apresentadas na defesa, foi elaborado o demonstrativo à fl. 82, indicando os valores recolhidos e acatados na informação fiscal, subsistindo parcialmente a irregularidade apurada, após as deduções efetuadas, relativamente ao recolhimento comprovado, ficando alterado o imposto originalmente apurado para R\$1.501,05, conforme quadro acostado no *decisum*;
- e) quanto ao argumento defensivo em relação à utilização da taxa SELIC para atualização dos débitos tributários, observa-se que essa atualização encontra-se prevista no art. 52, da Lei nº 7.014/96, bem como no Código Tributário do Estado da Bahia, art. 102, § 2º, inciso II; logo, não procede a alegação defensiva, tendo em vista a previsão legal de que, sobre os débitos tributários reclamados por meio de lançamento de ofício incidirão acréscimos equivalentes à taxa SELIC, não cabendo, por outro lado, a esse órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade de lei ou dispositivo da legislação;
- f) no tocante à multa, também questionada pelo autuado, a mesma foi indicada corretamente no Auto de Infração, considerando que está prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96;
- g) o sujeito passivo não contestou a infração 2, informando na impugnação apresentada que efetuou o recolhimento do tributo apurado, razão pela qual considera-se procedente o item não impugnado.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 3ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, ratificando, inicialmente, todos os termos da defesa como estivessem literalmente transcritos na peça recursal, especificamente em relação à infração 1, ante a ilegalidade, a arbitrariedade do lançamento e, conseqüentemente, a nulidade e total improcedência do Auto de Infração. Requereu, preliminarmente, a exclusão do valor confessado e recolhido em relação à infração 2, uma vez que extinto pelo pagamento, consoante art. 156, I, do CTN, constando da Resolução do Acórdão recorrido como se fosse devido pelo recorrente, quando o próprio julgador menciona no seu relatório e voto que houve pagamento do débito. Quanto à rejeição das preliminares, alega que pela análise do procedimento utilizado na infração 1, percebe-se que o autuante viola os arts. 18, IV, “a” e do art. 39, III, do Decreto nº 7.629/99, e conseqüentemente o art. 5º, II, da Carta Magna. Reitera o pedido de nulidade da infração 1, uma vez que os fatos considerados no procedimento fiscal não foram demonstrados de forma clara e precisa, uma vez que consta do Auto de Infração mercadorias, a exemplo de lavanda, seiva de alfazema e alfazema como se fossem colônia ou deo colônia, sendo facilmente constatável, bastando, para tanto, a confrontação da planilha do fiscal autuante com o demonstrativo de débito da empresa, baseada nas notas fiscais em anexo. Afirma que o levantamento fiscal está encharcado de erros, ao incluir produtos fora do campo de tributação pela alíquota de 25% ou 27% (lavanda e alfazema). Reitera, ainda em sede de preliminar, com os mesmos argumentos da peça defensiva, a descabida inversão do ônus da prova em desfavor do contribuinte e o cerceamento do seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Quanto ao mérito, alega, inicialmente, que a autuação não há como prosperar, vez que a diferença de alíquota derivada do produto “*Colônia Turma da Xuxinha 120ml*”, listado no mês de julho/2002, foi recolhida e lançada na coluna outros débitos no Registro de Apuração. No que tange aos demais produtos inseridos neste período, aduz que estão classificados nas exceções, como lavanda, alfazema e seiva de alfazema. Ratifica em sua peça

recursal os demais argumentos expendidos em sua peça defensiva, a exemplo da confiscatoriedade da multa aplicada e inaplicabilidade da taxa SELIC. Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive perícia e diligência, bem como que seja homologado o pagamento da infração 2 do Auto de Infração, extinguindo o respectivo crédito tributário.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende que as razões recursais são incapazes de reformar a Decisão guerreada, não merecendo reparos a Decisão da 3ª JF quanto ao pedido de exclusão da condenação do item 2, pois fora confessado e pago, uma vez que o pagamento ocorreu após a autuação, estando mais do que demonstrada a infração, posto que reconhecida. Deve, pois, ser mantida na condenação, homologando-se, posteriormente, o valor pago pelo recorrente. Quanto às nulidades suscitadas, prossegue afirmando que não têm cabimento, uma vez que o trabalho fiscal está indicando de forma clara as infrações cometidas, tendo o recorrente exercido com plenitude o seu direito à ampla defesa, demonstrando compreender as infrações que lhe estão sendo imputadas. Outrossim, negaram os autuantes, e a Decisão de Primeira Instância confirmou, que não foram incluídos no levantamento fiscal os produtos alegados pelo contribuinte, quais sejam, lavanda e seiva de alfazema, constando apenas do levantamento os produtos colônia e deocolônias. No mérito, a matéria já foi por diversas vezes debatida no CONSEF, que tem se posicionado no mesmo sentido da DITRI que exarou respostas a diversas consultas a empresas do ramo de perfumaria e cosméticos, terminando por expedir ato normativo. O entendimento já pacificado é no sentido de que deocolônias, colônias e desodorantes corporais são espécies do gênero perfume, variando quanto à concentração de essência na composição. Todavia, todos estão classificados na NBM/SH na posição 3303,00 como “*PERFUMES E ÁGUA DE COLÔNIA*”. Quanto à alegação do recorrente de que recolheu a diferença de alíquota quanto ao produto “*colônia turma da xuxinha 120ml*” as provas trazidas pela defesa foram analisadas e acatadas pelo autuante, o que redundou na redução do montante devido por parte da primeira instância. No tocante à confiscatoriedade da multa de 60%, observa-se que a infração que a desencadeou está prevista na Lei Estadual nº 7.014/96, não cabendo ao CONSEF apreciar a alegação de inconstitucionalidade. Com relação à alegação de inaplicabilidade da taxa SELIC, a Lei nº 9.250/95, preceitua, nos termos da autorização do art. 161, do CTN, que esse será o procedimento para aplicação dos juros de mora, convindo ressaltar que a questão já foi por demais debatida pelos Tribunais Superiores que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC. Por fim, assevera que não vê razão para a aplicação do princípio da dúvida, posto que a infração está perfeitamente caracterizada e se reporta à legislação que não revela dúvidas quanto à aplicação da alíquota de 25% a colônias e deocolônias, razão pela qual opina no sentido de Negar Provento ao Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Inicialmente, em breve prelúdio, quanto ao pedido de exclusão da condenação do item 2 - pois fora confessado e pago pelo recorrente - cura esclarecer que o pagamento efetuado ocorreu após o início da ação fiscal, razão pela qual deve ser mantida a condenação, homologando-se, posteriormente, o valor efetivamente pago pelo recorrente.

No que tange ao pedido de realização de perícia, indefiro-o, posto que os elementos contidos nos autos são suficientes à análise e julgamento do presente feito, sendo desnecessária a produção de prova técnica nessa diretiva, à luz do art. 147, incisos I e II, do RPAF/99.

Ainda em sede de preliminar, especialmente em relação à arguição de nulidade da infração 1, reparo algum merece o *decisum* de primeira instância. Senão, vejamos.

A primeira preliminar de nulidade, referente à falta de clareza e precisão na autuação, bem como de que o lançamento não contém os elementos suficientes para a determinação da infração e do infrator, carece de fundamentação válida, uma vez que o trabalho fiscal indicou de forma clara e precisa as infrações cometidas, tendo o recorrente, inclusive, exercido como plenitude o seu direito à ampla defesa, demonstrando compreender a infração que lhe está sendo imputada.

Evidente, pois, que PAF encontra-se revestido das formalidades legais, haja vista que estão determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, restando ausentes qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99.

No âmbito meritório, de igual forma, razão alguma assiste ao recorrente. A matéria já foi por diversas vezes debatida no CONSEF, que tem se posicionado no mesmo sentido da DITRI - que exarou respostas a diversas consultas a empresas do ramo de perfumaria e cosméticos, terminando por expedir ato normativo. Pacificou-se o entendimento no sentido de que deocolônias, colônias e desodorantes corporais são espécies do gênero perfume, variando quanto a concentração de essência na composição. Todavia, todos estão classificados na NBM/SH na posição 3303,00, como “*PERFUMES E ÁGUA DE COLÔNIA*”.

Quanto à alegação do recorrente de que recolheu a diferença de alíquota quanto ao produto “*colônia turma da xuxinha 120ml*”, o conjunto probatório colacionado aos autos pelo recorrente foi analisado e acatado pelo autuante, resultando na redução do *quantum debitoris* em Primeira Instância.

Outrossim, negaram os autuantes, e a Decisão de Primeira Instância confirmou, que não foram incluídos no levantamento fiscal os produtos alegados pelo contribuinte, quais sejam, lavanda e seiva de alfazema, constando apenas do levantamento os produtos colônia e deocolônias.

No tocante à confiscatoriedade da multa de 60%, convém ressaltar que a infração que a desencadeou encontra-se tipificada na Lei Estadual nº 7.014/96, não cabendo ao CONSEF apreciar a alegação de inconstitucionalidade.

Por fim, desprovida de fundamento jurídico se apresenta a alegação de inaplicabilidade da taxa SELIC, posto que, conforme brilhantemente invocado no Parecer da Douta Procuradoria, a Lei nº 9.250/95, preceitua, à luz da autorização do art. 161, do CTN, que esse será o procedimento para aplicação dos juros de mora, convindo ressaltar que a questão já foi por demais debatida pelos Tribunais Superiores que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC.

Ex positis, com espeque no Parecer emitido pela Douta Procuradoria, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a referida Decisão de Primeira Instância em todos os seus termos e fundamentos, como se aqui estivessem literalmente transcritos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207348.0003/04-8, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.501,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$578,46**, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º, da citada lei, homologando-se os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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