

PROCESSO - A. I. Nº 140779.0005/04-0
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0151-03/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 21/09/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0298-12/05

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$2.640,87, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$2.335,45, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.
2. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, as quais foram devidamente registradas na escrita fiscal e tiveram saídas posteriores tributadas normalmente. Foi aplicada multa no valor de R\$305,42.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação, argumentando que não há prova da aplicação equivocada de alíquota, nas operações com deo-colônias. Frisou que o Auto de Infração não contém elementos suficientes para determinar a infração fiscal e o infrator. Também alega que há falta de clareza e de precisão no lançamento. Questionou a utilização da taxa SELIC e da multa indicada na autuação. Solicitou a realização de diligência.

No mérito, reconheceu a procedência da infração 2 e juntou fotocópia de DAE para comprovar o pagamento do débito correspondente (fl. 79). Em relação à infração 1, afirmou que recolheu o imposto corretamente, e que os autuantes se equivocaram ao lançar notas fiscais de lavanda e seiva de alfazema como se fossem colônia ou deo-colônia.

Na informação fiscal, os autuantes disseram que a preliminar de nulidade é protelatória e, no mérito, explicaram que os produtos lavanda, seiva de alfazema ou assemelhados não foram incluídos no levantamento. Reconheceram que houve pagamentos referentes ao período de janeiro a junho de 2002. Elaboraram novo demonstrativo, onde deduziram o valor já pago de R\$776,97 e apuraram um débito remanescente de R\$1.558,49, para a infração 1.

Cientificado da informação fiscal, o autuado reiterou os termos da defesa inicial e alegou que a infração 2 foi reconhecida e paga e, portanto, não deveria ser mantida na autuação.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0151-03/05, as infrações 1 e 2 foram julgadas, respectivamente, procedente em parte e procedente.

Ao fundamentar o seu voto, o ilustre relator indeferiu a solicitação de diligência e, em seguida, afastou as preliminares de nulidade, argumentado que os demonstrativos, elaborados pelos autuantes com base em arquivos magnéticos apresentados pelo próprio autuado, evidenciam a

utilização indevida da alíquota de 17%. Também afirmou que o Auto de Infração descreve satisfatoriamente as irregularidades imputadas ao autuado e identifica, com segurança, o sujeito passivo da obrigação tributária.

No que tange à aplicação da taxa SELIC, o relator frisou que a tal prática está prevista no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual de nº 3.956/81 (COTEB) e, portanto, é legal, não cabendo a este órgão julgador apreciar a alegada inconstitucionalidade. Do mesmo modo, explicou que as multas aplicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96, para as irregularidades apuradas.

No mérito, quanto à infração 1, o ilustre relator manteve parcialmente a exigência fiscal, alegando que, de acordo com o demonstrativo elaborado pelos autuantes às fls. 12 a 26, somente foram incluídos no levantamento fiscal os produtos codificados como colônia e deo-colônia. Foram deduzidos do imposto devido os pagamentos referentes ao período de janeiro a junho de 2002, no montante de R\$776,97, limitados ao débito de cada mês, isso é: os valores recolhidos a mais em determinados meses não foram compensados, como fizeram os autuantes na informação fiscal. Em consequência, o débito remanescente passou para R\$ 1.751,64, conforme demonstrativo às fls. 106 e 107. Ressaltou o relator que o autuado deveria, querendo, solicitar restituição dos valores pagos a mais, conforme previsto na legislação tributária estadual, porém essa restituição não poderia ser feita nessa fase processual.

Quanto à infração 2, a exigência fiscal foi julgada procedente, homologando-se o valor recolhido.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JF, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário, onde, inicialmente, reitera todos os termos da defesa inicial apresentada.

Preliminarmente, suscita a nulidade da infração 1, alegando que na autuação não foi observado o disposto nos artigos 18, IV, “a”, e 39, III, do RPAF/99, bem como o previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal. Diz que os fatos levantados no procedimento fiscal não foram comprovados, pois, segundo o “doc. 01” e as notas fiscais acostadas aos autos (fls. 138 a 140 e 141 a 153), seiva de alfazema e alfazema foram consideradas como sendo colônia ou deo-colônia. Frisa que a mudança na classificação desses produtos gera dúvidas quanto à certeza e liquidez do crédito tributário e, portanto, nulifica o lançamento.

Alega que a descrição dos fatos não foi feita de forma clara, precisa e sucinta, como exige o art. 39, III, do RPAF/99, cujo teor transcreveu. Diz que cabe ao fisco provar o cometimento da infração, proporcionando ao contribuinte os meios para o exercício do direito de defesa. Aduz que a falta de prova do cometimento da infração cerceou o seu direito de defesa e do contraditório, assegurados no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o que torna nulo o Auto de Infração. Para embasar suas alegações, cita Decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e por este CONSEF, bem como os artigos 2º e 18, II, do RPAF/99.

Também argúi a nulidade da autuação relativamente à infração 2, argumentando que já efetuou o pagamento do débito e, no entanto, o valor continua sendo exigido na Decisão recorrida.

Ao adentrar no mérito, o recorrente diz que a infração 1 não pode prosperar, uma vez que os autuantes incluíram na autuação produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, II, “h”, do RICMS-BA, como por exemplo, a lavanda, a alfazema, etc. Para embasar sua alegação, acosta ao processo os “docs. 01 e 02” (fls. 138 a 153). Após transcrever o citado dispositivo Regulamentar, o recorrente afirma que a fiscalização interpretou extensivamente o que diz a norma ao lançar as notas fiscais referentes a lavanda, seiva de alfazema e outros produtos que foram excluídos pelo dispositivo regulamentar da alíquota de 25% (doc. 01). Ressalta que *“embora os fabricantes adotem, por exemplo, os nomes ‘Deo Colônia Julay Alfazema’ ou ‘Deo Colônia Belle Nature Lavanda’ ou ‘Deo Colônia Alfazema Suissa’, esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como Lavanda e Alfazema, e que não estão incluídos no acima e conforme informam o demonstrativo (doc. 01) e as notas fiscais em anexo (doc. 02).”*

Diz que o julgador administrativo é competente para conhecer a matéria pertinente ao caráter de confisco da multa aplicada. Aduz que o imposto cobrado não tem qualquer cabimento, mas mesmo que fosse viável a sua cobrança, a multa exigida no percentual de 60% violaria a Lei e a Constituição Federal, pois é confiscatória. Cita doutrina e jurisprudência para embasar sua tese.

Referindo-se à taxa SELIC, diz que a sua utilização é ilegal e, portanto, deve ser expurgado da exigência fiscal o juro calculado segundo a referida taxa. Diz que o Código Tributário Nacional, como lei complementar, é hierarquicamente superior à Lei Ordinária nº 9.065/95, que adotou a taxa SELIC como base para o cálculo de juro. Alega que a taxa SELIC estabelece um anatocismo, o que é vedado pela legislação. Para fundamentar sua alegação, transcreve a Súmula 121 do STF.

Solicita que, se o julgador tiver alguma dúvida, que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, conforme previsto no art. 112 do CTN. Ratificada as razões aduzidas na impugnação. Requer a exclusão do lançamento do valor referente à infração 2, já pago. Pede que seja decretada a nulidade ou a improcedência da infração 1.

Ao exarar o Parecer de fls. 160 a 162, o ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo afastamento das preliminares de nulidade, pois entende que não houve qualquer violação dos dispositivos legais e constitucionais invocados pelo recorrente, tendo o contribuinte exercido plenamente o seu direito de defesa.

No mérito, diz que a infração está caracterizada, pois o recorrente se equivocou na aplicação da alíquota, entendendo que as espécies comercializadas não estariam incluídas no gênero perfume. Afirma que a multa aplicada está correta, e que a utilização da taxa SELIC está prevista na legislação, não cabendo ao CONSEF apreciar a alegação de inconstitucionalidade ou legalidade de direito posto. Ao finalizar, o procurador opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidades suscitadas, pois, conforme já bem demonstrado na Decisão recorrida, as irregularidades imputadas ao recorrente estão descritas de forma satisfatória e estão evidenciadas em demonstrativos elaborados com base em arquivos magnéticos apresentados ao fisco pelo próprio recorrente. Esses demonstrativos, dos quais o recorrente recebeu cópia, e a descrição dos fatos permitem a identificação das infrações, do infrator e do montante devido. Assim, fica claro que o recorrente teve condições de exercer plenamente o seu direito de defesa.

Não há no lançamento erro que gere dúvida quanto à certeza e liquidez do crédito tributário. A inclusão de alguma operação sujeita à alíquota de 17% no levantamento fiscal não é razão para a nulidade do lançamento, pois tal falha seria passível de correção. Ao abordar o mérito da lide, apreciarei a questão da classificação dos produtos lavanda, seiva de alfazema e alfazema.

Na Resolução da Decisão recorrida, consta o valor referente à infração 2, o qual já foi reconhecido e pago pelo sujeito passivo. Esse valor já pago permanece na citada Resolução, porém ele será considerado, pela repartição fazendária, no momento em que o recorrente efetuar o pagamento do débito tributário referente a esse lançamento.

Quanto à solicitação de diligência, a mesma não pode ser acolhida, pois não está devidamente fundamentada a sua necessidade e, além disso, os elementos existentes nos autos são suficientes para o deslinde da questão, conforme ficará demonstrado ao abordar o mérito da lide.

No mérito, quanto à infração 1, observo que os produtos lavanda, seiva de alfazema e alfazema não foram incluídos nos demonstrativos elaborados pelos autuantes e acostados às fls. 12 a 26. Nesses demonstrativos, elaborados com base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio recorrente, constam apenas produtos codificados como colônia e deo-colônia e água de colônia, as quais deveriam ter sido tributadas a alíquota de 25%.

Ao examinar o documento intitulado de “doc 01” (fl. 138 a 140), constato que, no campo “descrição”, estão arrolados os seguintes produtos: “Deo Colônia Coty Alfazema 500 ml”, “Deo Colônia Seiva do Campo Alf 120 ml”, “Deo Col Belle Nature Alfazema 120 ml”, “Deo Colônia Alfazema Suissa 115 ml”, “Deo Col Belle Nature Lavanda 500 ml”, etc. Segundo essas descrições, os produtos são deo-colônias e colônias e, portanto, tributadas à alíquota de 25%.

Ao analisar as notas fiscais acostadas ao processo (“doc 02” – fls. 141 a 153), observo que os produtos ali descritos são deo-colônias e colônias, contudo, verifico que os códigos NCM de alguns desses produtos são referentes a mercadorias sujeitas à alíquota de 17% (NCM 3301.90.30 – 3307.20.10 – 3307.20.90, etc). Nessa situação, entendo que deve prevalecer a descrição analítica do produto, a qual foi informada pelo fabricante e que também consta nos arquivos magnéticos apresentados pelo recorrente no início da ação fiscal.

Pelo comentado acima, considero que, no levantamento fiscal realizado pelos autuantes, constam apenas produtos sujeitos à alíquota de 25% (colônias e deo-colônias), sendo devidos os valores exigidos na Decisão recorrida.

Quanto às multas indicadas na autuação, as mesmas são as previstas na Lei nº 7014/96 para as irregularidades apuradas e, além disso, não possuem o alegado caráter de confisco. No que tange à aplicação da taxa SELIC, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal também foi acertada, pois tal procedimento está expressamente previsto na legislação tributária estadual.

Relativamente ao pedido recursal para que seja aplicado o disposto no art. 112 do CTN, tal solicitação não pode ser acolhida, uma vez que não há dúvida que justifique a aplicação do princípio invocado pelo recorrente.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, pois a Decisão recorrida está correta e não merece qualquer reparo.

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 **140779.0005/04-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.751,64**, 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\$305,42** prevista no art. 42, II, “d”, § 1º, da citada lei, homologando-se os valores já recolhidos.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

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