

A I ° - 140779.0009/04-6
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTES - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA e JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 18/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº.0085-05/05

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado que parte das operações sujeitas à alíquota de 25% foi tributada a 17%. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2004, exige ICMS no valor de R\$625,89, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento do imposto 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/01 a dezembro/02.

O autuado, por meio de advogado, apresentou tempestivamente impugnação às fls.24 a 32. Inicialmente reproduziu ensinamentos de Luiz Henrique Barros de Arruda, suscitando a nulidade da autuação, sob o argumento de que o autuante apenas se limitou a alegar que houve recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação da alíquota. Afirmar que recolheu a diferença de 17% para 27% conforme demonstrativo que anexou aos autos, pedindo, dessa forma, a decretação de nulidade da autuação, com base no art.18, IV, “a” e art.39, II, do RPAF/99.

Disse que a prova da infração apontada deve ser produzida pelo Fisco, e não pelo contribuinte, porque o fisco tem o dever de lançar o tributo, consoante o art.142 do CTN. Quanto a essa questão, citou a jurisprudência e ensinamentos da doutrina, ressaltando que o demonstrativo elaborado pelos autuantes não esclarece nem prova coisa alguma. Citou, também, decisões do CONSEF, pela nulidade de Auto de Infração lavrado sem nenhuma prova, além de ensinamentos de Hely Lopes Meirelles.

No mérito, diz que inexistiu recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota, tendo em vista que recolheu o imposto corretamente conforme disposto no art.51 do RICMS/97, que transcreveu, e que ocorreu uma interpretação errada do fisco ao lançar notas fiscais de “lavanda, seiva de alfazema” como se fossem “colônia ou deo-colônia”.

O defendente comentou, ainda, sobre a inaplicabilidade da taxa SELIC, entendendo haver inconstitucionalidade na aplicação da mencionada taxa, e em relação à multa indicada no Auto de Infração, entende 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.

Transcreveu o art.112 do CTN e diz que levando em consideração o benefício da dúvida, deve o Auto de Infração ser desconstituído, em função da ilegalidade da autuação, falta de provas, cerceamento ao direito de defesa e falta de consideração dos pagamentos efetuados, o que torna o débito ilíquido e incerto.

Ao final, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, protesta pela juntada posterior de provas, bem como solicita a realização de diligência e perícia.

Os autuantes na sua informação fiscal (fls.72 a 74), inicialmente discorrem sobre as alegações defensivas e dizem que quanto ao pedido de nulidade é apenas protelatório e que o art.18 do RPAF/BA, estabelece que não se declarará nulidade a quem deu causa.

Esclarecem que a fiscalização foi desenvolvida a partir dos livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado e em nenhum momento culminou em procedimento que implicasse em preterição de direito de defesa. Assim, aduzem que a infração está descrita com os elementos e fundamentação legal, tanto que o autuado recolheu parte do imposto reclamado.

Afirmam que no seu levantamento fiscal não incluíram os produtos “LAVANDAS, SEIVA DE ALFAZEMA ou assemelhados”.

Observam que o próprio autuado efetuou alguns recolhimentos relativos à infração ora questionada, dando novo atestado de acerto da ação fiscal. Informa que foram pagas as diferenças no período de janeiro a junho de 2002, sendo que em alguns meses os valores recolhidos foram menores ou maiores que o apurado pela fiscalização.

Apresentaram um novo demonstrativo à fl.75, no qual foi deduzido o valor tempestivamente pago de R\$153,50 do valor apurado no período de R\$625,89, pelo que resta ICMS a ser recolhido no montante de R\$472,39.

Quanto à aplicação da taxa SELIC dizem que não lhes compete discorrer sobre sua inconstitucionalidade.

Ao final, pedem a procedência da autuação, depois da exclusão da parcela paga acima citada.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada pelos autuantes, conforme documento juntado à fl.77.

O autuado apresentou nova defesa às fls.79 a 84, dizendo que mantém todos os termos da defesa inicial e que o fato da “infração 02” ter sido paga não justifica a autuação conforme alegado pelo autuante, tendo em vista que no seu entendimento falta clareza e precisão na autuação da “infração 01”, o que conduz à nulidade com fundamento no art.18, IV, “a” e 39, III do RPAF/99.

Repetiu diversas citações de doutrinadores e decisões judiciais quanto ao entendimento de que a prova deve ser produzida pelo fisco e alega que o autuante não fez prova da acusação.

Alega que os autuantes acusaram a empresa de ter tributado as operações de venda de Deicolônias pela alíquota de 17% ao invés de 27% e que a empresa comprovou ter recolhido estas diferenças no período de janeiro a junho de 2002 conforme documentos acostados ao processo.

Repetiu a alegação da defesa inicial, de que o autuante se contradiz ao afirmar que houve erro na aplicação da alíquota, ao mesmo tempo em que diz que houve pagamento da diferença apurada.

Transcreveu de novo o art.51 do RICMS/97 e pediu que o Auto de Infração fosse julgado nulo. Requereu, ainda, a realização de diligência saneadora, e o direito de juntada de provas.

A 4ª JJF converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito, in loco, verificasse:

1. se, das mercadorias autuadas, existem, de fato, alguma não incluída no art.51, II, do RICMS/97, ou seja, lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303), etc.
2. se dos recolhimentos efetuados pelo contribuinte e apresentados, neles estão incluídas as mercadorias objeto da autuação.

Atendendo a solicitação supra, o fiscal diligente designado emitiu o Parecer ASTEC nº.0126/2005 (fls.91 a 93), nos seguintes termos:

Conforme solicitado, foram verificados os itens conforme a seguir:

- 1) *Das mercadorias autuadas, existem algumas não incluídas no artigo 51, inciso II do RICMS/97, quais sejam: Deo Colônia Seiva do Campo – Alfazema 120 e 500 ml., Deo Colônia Coty Alfazema, Seiva de Alfazema e Lavanda;*
- 2) *Foram verificados os recolhimentos efetuados pelo autuado, constatando que neles estão incluídas mercadorias objeto da autuação, conforme relacionados pelo autuado às fls. 94/100.*

No demonstrativo de fls. 15/19 elaborado pelos autuantes, após as devidas correções, conforme fls. 101/106, foram excluídos os valores comprovados pelo autuado, conforme a seguir:

| <i>Período</i> | <i>Autuado</i> | <i>Devido</i> | <i>Recolhido</i> | <i>Fl. do PAF</i> | <i>Diferença</i> |
|----------------|----------------|---------------|------------------|-------------------|------------------|
| 01/2002 | 3,38 | 3,38 | 13,88 | 33 | 0,00 |
| 02/2002 | 47,55 | 21,33 | 29,92 | 34 | 0,00 |
| 03/2002 | 28,48 | 7,39 | 27,14 | 35 | 0,00 |
| 04/2002 | 65,86 | 24,74 | 27,94 | 36 | 0,00 |
| 05/2002 | 78,03 | 30,01 | 24,71 | 37 | 5,30 |
| 06/2002 | 9,49 | 9,49 | 29,91 | 38 | 0,00 |

Efetuada as devidas verificações, foram efetuadas as devidas exclusões, conforme determinação do Senhor Relator, sendo elaborado novo levantamento, conforme fls.102/106, sendo que o valor original do débito que era R\$625,89 após a revisão fiscal efetuada alterou para R\$103,96, conforme demonstrativo de débito a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

| <i>Data Ocorr.</i> | <i>Data Venc.to.</i> | <i>I C M S</i> |
|--------------------|----------------------|----------------|
| 31/01/2001 | 09/02/2001 | 7,83 |
| 28/02/2001 | 09/03/2001 | 6,99 |
| 31/03/2001 | 09/04/2001 | 12,37 |
| 30/04/2001 | 09/05/2001 | 7,91 |
| 31/05/2001 | 09/06/2001 | 3,57 |
| 30/06/2001 | 09/07/2001 | 5,52 |
| 31/07/2001 | 09/08/2001 | 5,01 |
| 31/08/2001 | 09/09/2001 | 11,40 |
| 30/09/2001 | 09/10/2001 | 13,52 |
| 31/10/2001 | 09/11/2001 | 11,29 |
| 30/11/2001 | 09/12/2001 | 7,24 |
| 31/12/2001 | 09/01/2002 | 6,01 |
| 31/05/2002 | 09/06/2002 | 5,30 |
| T O T A L | | 103,96 |

O autuado em nova manifestação (fls.113/114), ratifica seu posicionamento quanto ao pedido de nulidade da autuação.

No mérito, afirma que o valor remanescente do período maio/02, corresponde a lançamentos efetuados em duplicidade, e que tal fato pode ser constatado através do código do produto.

Acrescenta que o erro ocorreu em função de problemas nos seus arquivos magnéticos, mas que já foram solucionados.

Ao final, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art.18, do RPAF/99. Os demonstrativos acostados aos autos descrevem de forma satisfatória a situação verificada, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, tendo em vista, ainda, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Quanto à alegação de falta de clareza e precisão do lançamento, resalto que os demonstrativos juntados ao processo 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 defendeu-se, 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, acrescento 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, 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% no período de janeiro/01 a dezembro/02.

O autuado alegou que os autuantes incluíram indevidamente no levantamento os produtos Lavanda e Seiva de Alfazema, e que o imposto efetivamente devido foi recolhido de forma tempestiva.

Os autuantes acataram apenas parte da segunda alegação defensiva, apresentando um novo demonstrativo à fl.75, no qual foi deduzido o valor de R\$153,50, reconhecido como tempestivamente pago, reduzindo o valor do ICMS a ser recolhido para o montante de R\$472,39.

Diante das controvérsias ainda existentes, a 4ª JJF converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito, in loco, verificasse:

1. se, das mercadorias autuadas, existem, de fato, alguma não incluída no art.51, II, do RICMS/97, ou seja, lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303), etc.
2. se dos recolhimentos efetuados pelo contribuinte e apresentados, neles estão incluídas as mercadorias objeto da autuação.

Atendendo a solicitação supra, o fiscal diligente constatou que das mercadorias autuadas, efetivamente existem algumas não incluídas no artigo 51, inciso II do RICMS/97 (Deo Colônia Seiva do Campo – Alfazema 120 e 500 ml, Deo Colônia Coty Alfazema, Seiva de Alfazema e Lavanda). Razão porque devem ser excluídas do levantamento, uma vez que o autuado as tributou corretamente, aplicando a alíquota de 17%.

Quanto aos recolhimentos já efetuados pelo autuado, englobando mercadorias objeto da autuação, ratificou a exclusão efetuada pelos autuantes, a exceção da ocorrência do mês de

maio/02, onde persiste uma diferença de R\$5,30, ou seja, o total tempestivamente recolhido foi de R\$148,20 ao invés de R\$153,50, com o que concordo.

Para visualizar o acima exposto, os valores comprovadamente recolhidos pelo autuado foram excluídos conforme a seguir:

| Período | Autuado | Devido | Recolhido | Fl. do PAF | Diferença |
|---------|---------|--------|-----------|------------|-----------|
| 01/2002 | 3,38 | 3,38 | 13,88 | 33 | 0,00 |
| 02/2002 | 47,55 | 21,33 | 29,92 | 34 | 0,00 |
| 03/2002 | 28,48 | 7,39 | 27,14 | 35 | 0,00 |
| 04/2002 | 65,86 | 24,74 | 27,94 | 36 | 0,00 |
| 05/2002 | 78,03 | 30,01 | 24,71 | 37 | 5,30 |
| 06/2002 | 9,49 | 9,49 | 29,91 | 38 | 0,00 |

Dessa forma, após também serem feitas às exclusões, referentes às mercadorias não incluídas no art.51, II, do RICMS/97, o valor original do débito que era R\$625,89, passa a ser de R\$103,96, conforme demonstrativo de débito a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

| Data Ocorr. | Data Vencdo. | I C M S |
|--------------|--------------|---------------|
| 31/01/2001 | 09/02/2001 | 7,83 |
| 28/02/2001 | 09/03/2001 | 6,99 |
| 31/03/2001 | 09/04/2001 | 12,37 |
| 30/04/2001 | 09/05/2001 | 7,91 |
| 31/05/2001 | 09/06/2001 | 3,57 |
| 30/06/2001 | 09/07/2001 | 5,52 |
| 31/07/2001 | 09/08/2001 | 5,01 |
| 31/08/2001 | 09/09/2001 | 11,40 |
| 30/09/2001 | 09/10/2001 | 13,52 |
| 31/10/2001 | 09/11/2001 | 11,29 |
| 30/11/2001 | 09/12/2001 | 7,24 |
| 31/12/2001 | 09/01/2002 | 6,01 |
| 31/05/2002 | 09/06/2002 | 5,30 |
| TOTAL | | 103,96 |

Quanto à afirmação do autuado de que o valor remanescente do período maio/02, corresponde a lançamentos efetuados em duplicidade, o mesmo não comprovou nos autos tal afirmação.

Em relação à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, destaco que 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.

No que diz respeito ao entendimento do impugnante de que a multa aplicada de 60% é confiscatória e inconstitucional, observo que a referida multa está 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).

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito mais acima elaborado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº.140779.0009/04-6, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor total de **R\$103,96**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42 inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR