

A I N° - 140779.0005/04-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTES - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA e JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 05/05/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0151-03/05

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado que parte das operações sujeitas à alíquota de 25% foram tributadas a 17%. **Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO.** Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. **Infração reconhecida. Rejeitados os pedidos de diligência e nulidade Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/12/04, para exigir:

01 - Imposto no valor de R\$2.335,45 acrescido da multa de 60%, relativo ao recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta no campo da descrição dos fatos que foi “apurado mediante a auditoria das saídas através de ECF no período considerado, constante nos registros 60R, cujos campos informa: código do produto, descrição da mercadoria, alíquota aplicada, Base de Cálculo e o ICMS devido na operação. Registros estes, contidos nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte, via Sintegra. Tudo conforme anexo I, composto de planilhas demonstrativas mensais e demonstrativo consolidado, extraídas através de consultas específicas nos registros supra mencionados”.

02 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de R\$305,42 de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. No campo da descrição dos fatos, indica que “conforme anexo II, Declaração de Estoque fornecida pelo contribuinte, posição em 28/02/03, e consultas formuladas em banco de dados específicos, dos registros 60R constante dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via Sintegra, onde constatou-se o tratamento tributário supramencionado”.

O autuado na defesa apresentada às fls. 31 a 40 por seu representante devidamente constituído (fl. 59), alega que foi surpreendido com a autuação e diz que reconheceu e pagou o débito relativo à infração 02.

Quanto à infração 01, requer a sua nulidade, tendo em vista que, não há prova do que está sendo acusado, de ter aplicado a alíquota de 17% ao invés de 27% nas operações de venda de Deocolônias, e ainda por falta de clareza e precisão do lançamento. Cita o entendimento do professor Luiz Henrique Barros de Arruda em relação à prova material no processo administrativo (fl. 32).

Esclarece que estas diferenças já tinham sido pagas, conforme doc. 03, que ora anexa ao processo (fl. 64 a 70) e diz que o Auto de Infração não contém os elementos suficientes para determinar a infração fiscal e o infrator e que tudo conduz a nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18, IV e 39, III do RPAF/BA, que transcreveu às fls. 32 e 33.

Alega que a prova deve ser produzida pelo fisco, conforme disposto no art. 142 do CTN, e transcreve diversas decisões do TRF a exemplo do AC de nº 386-6-R-RJ; 48516-SP; 18.5251-1-RS.

Diz que o presente Auto de Infração não traz qualquer prova da acusação que lhe está sendo inputada e transcreve decisões proferidas pela 4ª JF a exemplo do Acórdão de nº 045/99; 0196/99 e 2027/00.

Transcreve o art. 53 da Lei nº 12.732/97 (fl. 35) do Estado do Ceará, que trata de nulidade e também o art. 148 do CTN (fl.36).

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 às fl. 36, e que ocorreu uma interpretação errada do fisco ao lançar notas fiscais de “lavanda, seiva de alfazema” como se fossem “colônia ou deo-colônia”.

Questiona que a taxa SELIC foi criada com objetivo de remunerar o capital dos aplicadores, como remuneração dos capitais parados, que é inconstitucional e inadequada para cálculo de atualização de tributos. Diz que o art. 161, parágrafo primeiro do CTN limita em 1% o percentual de juros por atraso.

Alega que a multa de 60% e 70% é confiscatória e que “Os Tribunais já têm sedimentado o entendimento de que a multa moratória não deve ultrapassar o percentual de 20%”, cita diversas decisões dos TRF em diversos Estados (fls. 38 e 39).

Transcreveu o art. 112 do CTN (fl. 39) e diz que levando em consideração o benefício da dúvida, deve o Auto de Infração ser desconstituído: em função da ilegalidade da autuação; da falta de provas; do cerceamento ao direito de defesa e da falta de consideração dos pagamentos efetuados, o que torna o débito ilíquido e incerto.

Requer então, que o Auto de Infração seja julgado nulo, com a aplicação da prevalência benigna. Protesta e requer a juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive diligência e perícia.

Os autuantes na sua informação fiscal (fl. 82 a 84), 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”, conforme demonstrativos às fls. 12 a 26 dos autos.

Dizem que o autuado efetuou recolhimentos relativos ao 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. 85, no qual foi deduzido o valor pago de R\$776,97 do valor apurado no período de R\$2.335,46 e que resta ICMS a ser recolhido de R\$1.558,49. Afirmam que no exercício de 2001 e de julho a dezembro de 2002, o autuado não apresentou comprovação de nenhum recolhimento e que resta valor a pagar de R\$ 1.558,49.

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

Tendo o autuado reconhecido a infração 02 e pago parte da infração 01, deve ser mantida toda a exigência fiscal acatando-se os valores já recolhidos.

Concluem sustentando a autuação e pedindo a sua procedência.

A Inspeção Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada pelos autuantes, conforme documento juntado à fl. 87.

O autuado apresentou nova defesa às fls. 89 a 94, 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 o autuante acusou a empresa de ter tributado as operações de venda de Deocolônias 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 e ao mesmo tempo que pagou a diferença apurada.

Transcreveu de novo o art. 51 do RICMS/97 e pediu que o Auto de Infração fosse julgado nulo. Pede que seja realizada diligência saneadora e, ainda, o direito de juntada de novas provas.

VOTO

Apreciando as colocações da defesa, inicialmente rejeito o pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Dec 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, 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 decolônias, que segundo o autuante foi tributada com a alíquota de 17% ao invés de 25% no exercício de 2001 e 27% no 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. 12 a 26, foram incluídos somente os produtos codificados como Colonia e Deo Colonia, 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 (fl. 64 a 70) 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. 85, no qual indicou que resta diferença devida de R\$1.558,49.

Verifico que os valores recolhidos relativos à diferença de 17% para 25% (2001) e 27% (2002), contemplam apenas as operações da loja 589 (fl. 69) do período de janeiro a junho/2002 com valor do principal de R\$776,97 e comprovantes de pagamentos juntados às fls. 72 a 77. Considerando que no demonstrativo apresentado pelo autuante (fl. 12 a 26) 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\$1.751,64 conforme demonstrativo abaixo:

Data da Ocorr.	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Débito exigido	Valor pago	Fl	Multa %	Valor do Débito
31/01/01	09/02/01	108,36	25,00	27,09			60,00	27,09
28/02/01	09/03/01	97,04	25,00	24,26			60,00	24,26
31/03/01	09/04/01	164,76	25,00	41,19			60,00	41,19
30/04/01	09/05/01	70,84	25,00	17,71			60,00	17,71
30/05/01	09/06/01	138,16	25,00	34,54			60,00	34,54
30/06/01	09/07/01	148,92	25,00	37,23			60,00	37,23
31/07/01	09/08/01	87,08	25,00	21,77			60,00	21,77
30/08/01	09/09/01	131,08	25,00	32,77			60,00	32,77
30/09/01	09/10/01	139,28	25,00	34,82			60,00	34,82
31/10/01	09/11/01	95,76	25,00	23,94			60,00	23,94
30/11/01	09/12/01	99,80	25,00	24,95			60,00	24,95
31/12/01	09/01/02	111,40	25,00	27,85			60,00	27,85
31/01/02	09/02/02	0,00	27,00	24,53	90,81	72	60,00	

28/02/02	09/03/02	220,59	27,00	193,28	133,72	73	60,00	59,56
31/03/02	09/04/02	0,00	27,00	76,06	140,62	74	60,00	
30/04/02	09/05/02	836,19	27,00	357,27	131,50	75	60,00	225,77
31/05/02	09/06/02	942,19	27,00	426,15	171,76	76	60,00	254,39
30/06/02	09/07/02	0,00	27,00	46,24	108,56	77	60,00	
31/07/02	09/08/02	377,81	27,00	102,01			60,00	102,01
31/08/02	09/09/02	682,37	27,00	184,24			60,00	184,24
30/09/02	09/10/02	478,37	27,00	129,16			60,00	129,16
30/10/02	09/11/02	424,56	27,00	114,63			60,00	114,63
30/11/02	09/12/02	570,48	27,00	154,03			60,00	154,03
31/12/02	09/01/03	665,67	27,00	179,73			60,00	179,73
Subtotal				2.335,45				1.751,64

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. 79). Ficando mantida a multa de R\$305,42 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 no 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 7.014/96 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.

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 **140779.0005/04-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.751,64**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42 inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96 além da multa de **R\$305,42** prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA-JULGADOR