

A I Nº - 140779.0007/04-3
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTES - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA e JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 17/05/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-03/05

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. OPERAÇÃO COM MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO.** Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, cabe a 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\$983,45 e 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\$26,78 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. 24 a 33 por seu representante devidamente constituído (fl. 52), 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. 55 a 61) 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. 25 e 26.

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 dos Acórdãos de nº 045/99; 0196/99 a e 2027/00.

Transcreve o art. 53 da Lei nº 12.732/97 (fl. 28) do Estado do Ceará, que trata de nulidade e também o art. 148 do CTN (fl. 28/29).

No mérito, diz que inexistente 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. 29, 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. 31 e 32).

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, 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. 76 a 78), 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. 10 a 12 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. 79, no qual foi deduzido o valor pago de R\$318,07 do valor apurado no período de R\$983,41 e que resta ICMS a ser recolhido de R\$665,34.

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\$ 665,34.

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

Tendo o autuado reconhecido a infração 02 e pago parta 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 Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada pelos autuantes, conforme documento juntado à fl. 81.

O autuado apresentou nova defesa às fls. 83 a 88, 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 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. Requer que seja realizado diligência saneadora, e ainda o direito de juntada de 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, 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 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 (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 Vento	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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140779.0007/04-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$734,48**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42 inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96 além da multa de R\$26,78 prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA-JULGADOR