

A. I. N º - 279127.0024/04-1  
**AUTUADO** - BOMPREÇO BAHIA S/A  
**AUTUANTES** - SHEILLA MEIRELLES DE MEIRELES e KÁTIA MARIA DACACH MACHADO  
FRÁGUAS  
**ORIGEM** - IFEP METRO  
**INTERNET** - 27. 10. 2005

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0383-04/05**

**EMENTA:** ICMS. 1. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes. Nesta condição é devida a aplicação da multa 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. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado que parte das operações sujeitas à alíquota de 25% foram tributadas a 17%. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitados os pedidos de diligência e nulidade Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação tributária, 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 mês de fevereiro de 2003, no valor de R\$ 73,76;
2. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, apurada através de roteiro de auditoria em ECF constantes dos registros fornecidos pela empresa, cujos campos informam o código do produto, a descrição da mercadoria, a alíquota aplicável, a base de cálculo e o ICMS devido na operação, no valor de R\$ 1.018,13.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, fls. 30/39, na qual informou que confessou e pagou o débito relativo à Infração 01, conforme DAE que anexou, fl. 72.

Em relação à Infração 02, disse que a fiscalização não apresentou prova da ocorrência da ilegalidade atribuída, se limitando a alegar que houve recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota, e que efetuou o pagamento da diferença de alíquota de 17% para 25%, conforme documentos que anexou, o que inquia de nulidade o Auto de Infração com base nos arts. 18, IV, “a” e 39, III, do RPAF/99, transcrevendo-os.

Alegou que o ônus da prova é do fisco, conforme os arts. 333, I do CPC e 142 do CTN, e transcreveu doutrinas e jurisprudências neste sentido. Argumentou que o demonstrativo anexado

ao Auto de Infração não esclarece nem prova coisa alguma e requereu a nulidade da autuação por falta de provas e por cerceamento de defesa.

Repetiu que inexiste recolhimento a menor do imposto, haja vista a comprovação dos pagamentos, e aduziu que a autuação não prospera, pois está sendo exigida diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, II, "h" do RICMS/97, o qual transcreveu, eis que não se referem a águas-de-colônia, colônia e deo-colônia, como, por exemplo, a lavanda, a alfazema, etc.

Suscitou a inaplicabilidade e a constitucionalidade da Taxa Selic e afirmou que não tem cabimento a aplicação de multa nos percentuais de 60% e 70%, ante a sua ilegalidade e constitucionalidade. Requereu a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração e que seja levado em consideração o princípio do "in dúvida pro contribuinte" insculpido no art. 112 do CTN, transcrevendo ementas de julgados do STJ e do STF, bem como protestou pela juntada posterior de provas, inclusive perícia e diligência, e pediu a homologação do pagamento da Infração 01.

Na informação fiscal, fls. 83/85, as autuantes alegaram que o Auto de Infração foi lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, sendo que os referidos arquivos, os quais foram anexados ao processo (fl. 12), contém todos os elementos necessários e suficientes para a composição das planilhas demonstrativas da apuração do imposto devido, não havendo falta de provas.

Quanto ao cerceamento de defesa, afirmaram que o autuado não questionou a veracidade dos números constantes na planilha, tendo recolhido parte do imposto reclamado, mesmo sustentando que não sabe o que precisa para se defender, e transcreveram o §2º do art. 18 do RPAF/99.

Salientaram que o autuado afirmou que pagou a diferença de alíquota existente, apresentando planilha de relação de valores para regularizar o recolhimento do imposto referente às vendas de deo-colônias com alíquota de 27%, no período de 01 a 06/2002, atestando o acerto da ação fiscal, mas nada apresentou relativo ao restante do período, ou seja, o exercício de 2001 e de 07 a 12/2002. Dissem que não há elementos que comprovem que os comprovantes de recolhimentos apresentados sejam relativos às mercadorias descritas nas planilhas demonstrativas do processo e que não houve qualquer interpretação extensiva ou a inclusão de mercadorias que a norma não prescreveu, não se referindo a lavandas, seiva de alfazema ou assemelhados.

No tocante às alegações de inaplicabilidade da Taxa Selic e constitucionalidade da Taxa Selic e da multa confiscatória, informaram que não lhes compete discorrer sobre estes assuntos. Clamaram por tornar plenamente exigível o crédito tributário.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 1ª JJF decidido por sua conversão em diligência as autuantes, para que intimassem o autuado a apresentar planilha detalhando mensalmente os números dos documentos fiscais, as descrições dos produtos, a base de cálculo do imposto, a alíquota aplicada, os valores do imposto devido e destacado no documento fiscal e a diferença recolhida.

Caso o autuado atendesse a intimação, as autuantes devem conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado, cotejando-o com os seus levantamentos, e, se houver alteração dos valores devidos, elaborar novo demonstrativo de débito, observando o disposto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96.

Cumprida a diligência, as auditoras fiscais, folha 105, informam que, tendo em vista planilha apresentada pelo autuado para atender a diligência solicitada, motivou a alteração dos valores devidos na infração 02, conforme demonstrativo de folha 104.

Às folhas 109 a 112, o autuado reitera o pedido e nulidade e as alegações anteriores.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que as autuantes lavraram o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 02 (duas) infrações.

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

O autuado requereu a nulidade da autuação, alegando falta de provas e cerceamento de defesa, sob o argumento de que o demonstrativo anexado não prova coisa alguma. Constatou que as autuantes anexaram ao processo o demonstrativo e o arquivo magnético fornecido pelo autuado, os quais demonstram claramente a infração, relacionando os números dos cupons fiscais, mercadorias, alíquotas, bases de cálculo e a diferença de imposto a recolher. Desta forma, rejeito o pedido de nulidade, certificado de que foram respeitadas as disposições do art. 18 do RPAF/99.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a infração 01 e acostou cópia de DAE referente ao pagamento. Portanto, não existe lide em relação à referida imputação, estando caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita à acusação 02, consignadas no Auto de Infração, a qual passo a analisar.

Na infração 02, é atribuída ao sujeito passivo o recolhimento a menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, apurada através de roteiro de auditoria em ECF constantes dos registros fornecidos pela empresa, cujos campos informam o código do produto, a descrição da mercadoria, a alíquota aplicável, a base de cálculo e o ICMS devido na operação, no período de janeiro a novembro de 2001 e de fevereiro a novembro de 2002.

Além das alegações sobre a nulidade do lançamento, as quais já foram afastadas por mim anteriormente neste voto, alegou o autuado que já teria recolhido os valores exigidos na ação fiscal, entretanto não apresentou a planilha demonstrando a apuração do valor recolhido. O argumento defensivo de que a ônus da prova é do fisco, conforme os arts. 333, I do CPC e 142 do CTN, não pode ser acolhido, uma vez que cabe ao autuado demonstrar quais os documentos fiscais que originou o valor que alega ter recolhido.

Ressalto que, o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Entretanto, o PAF foi convertido em diligência para que autuado apresentasse planilha detalhando mensalmente os números dos documentos fiscais, as descrições dos produtos, a base de cálculo do imposto, a alíquota aplicada, os valores do imposto devido e destacado no documento fiscal e a diferença recolhida, o que foi parcialmente atendido, uma vez que somente foram apresentados os dados referente aos fatos gerados do exercício de 2002.

De posse dos elementos fornecidos pelo autuado, quando da diligência fiscal, as autuantes revisaram o levantamento e apresentaram novo demonstrativo, folha 104, segundo o qual deve ser excluindo da autuação os valores referentes aos fatos geradores referente aos meses de janeiro/02, março/02 e junho/02 e reduzido os valores referente aos meses de fevereiro/2002, abril/2002 e maio/2002 para R\$2,84, R\$96,90 e R\$113,03, respectivamente.

Não acato a alegação do autuado de que foram incluídas no levantamento os produtos Lavanda e Seiva de Alfazema o que foi negado pelos autuantes. Verifico que no demonstrativo elaborado pelas autuantes, foram incluídos somente os produtos codificados como Colônia e Deo Colônia, motivo pelo qual não acato tal alegação.

Assim, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada no valor de R\$696,50, conforme abaixo:

Infração	Débito	Ocorrência	Vencimento	ICMS Devido
03.02.02	10	30/1/2001	9/2/2001	10,95
03.02.02	10	28/2/2001	9/3/2001	6,81
03.02.02	10	30/3/2001	9/4/2001	4,38
03.02.02	10	30/4/2001	9/5/2001	5,04
03.02.02	10	30/5/2001	9/6/2001	5,38
03.02.02	10	30/6/2001	9/7/2001	16,55
03.02.02	10	30/7/2001	9/8/2001	10,69
03.02.02	10	30/8/2001	9/9/2001	11,15
03.02.02	10	30/9/2001	9/10/2001	7,48
03.02.02	10	30/10/2001	9/11/2001	10,09
03.02.02	10	30/11/2001	9/12/2001	13,06
03.02.02	10	30/1/2002	9/2/2002	0,00
03.02.02	10	28/2/2002	9/3/2002	2,84
03.02.02	10	30/3/2002	9/4/2002	0,00
03.02.02	10	30/4/2002	9/5/2002	96,90
03.02.02	10	30/5/2002	9/6/2002	113,03
03.02.02	10	30/6/2002	9/7/2002	0,00
03.02.02	10	30/7/2002	9/8/2002	74,99
03.02.02	10	30/8/2002	9/9/2002	70,74
03.02.02	10	30/9/2002	9/10/2002	69,26
03.02.02	10	30/10/2002	9/11/2002	78,27
03.02.02	10	30/11/2002	9/12/2002	88,89
TOTAL DA INFRAÇÃO 2				696,50

Em relação à inconstitucionalidade da taxa SELIC e das multas nos percentuais de 60%, mais uma vez, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Por sua vez, a jurisprudência consolidada deste Órgão Julgador é no sentido de que a mesma é devida, pois a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Na mesma foram, a multa de 60% encontrase prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96, não tendo nenhum caráter de confisco, como alegou o autuado.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de forma a ser reduzido o valor da Infração 02 para R\$696,50, conforme demonstrativo acima, e manter a multa aplicada na Infração 01 no valor de R\$73,76, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0024/04-1, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$696,50**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, além da multa no valor de **R\$73,76** prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada lei e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR