

A I N° - 140779.0004/04-4
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTES - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA e JOSE RAIMUNDO CONCEIÇÃO
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 18.11.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0413-01/05

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 subsequentes, 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 perícia e nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/04, exige ICMS no valor de R\$1.654,12 e multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, atribuindo ao contribuinte o cometimento das seguintes irregularidades:

01 - Imposto no valor de R\$1.361,86, 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, demonstrativos 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\$292,26 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. 28/37 por seu representante devidamente constituído (fl. 56), 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.

Esclarece que estas diferenças já tinham sido pagas, conforme doc. 03, que ora anexa ao processo (fl. 60 a 74) 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. 29 e 30.

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 JfF a exemplo do Acórdão de nº 045/99; 0196/99 e 2027/00.

Transcreve o art. 53 do Decreto nº 25.468/99, do Estado do Ceará, que trata de nulidade e cita o art. 148 do CTN.

No mérito, sustenta 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 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, & 1º 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.

Transcreve o art. 112, incisos I a IV, do CTN e afirma 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.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo, com a aplicação da prevalência benigna. Protesta e solicita a juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive diligência e perícia, pedindo, ainda, a homologação do pagamento da infração 02.

Na informação fiscal (fl. 79/81) inicialmente, os autuantes discorrem sobre as alegações defensivas e dizem que quanto ao pedido de nulidade é apenas protelatório e que o art. 18, & 2º, 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 23 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.

Apresentam um novo demonstrativo, no qual foi deduzido o valor pago de R\$517,81, do valor apurado no período de R\$1.361,86 e que resta ICMS a ser recolhido de R\$844,05. 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\$ 844,05.

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.

Finalizam, mantendo a autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada pelos autuantes, conforme documento juntado à fl. 83.

O autuado apresenta nova manifestação, 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.

Reitera 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 Deo-colônias 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.

Reitera 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.

Repete a transcrição do art. 51 do RICMS/97 e pede que o Auto de Infração seja julgado nulo. Pede, também, que seja realizada diligência saneadora e, ainda, o direito de juntada de novas provas.

Distribuído o processo para o Ilustre Julgador Marcelo Mattedi e Silva, este solicita a sua inclusão em Pauta Suplementar (fls.98), por ter verificado a necessidade de realização de diligência.

Aprovada a realização de diligência pela 1ª JF, o processo foi encaminhado a IFEP/METRO (fls.99), “para que os autuantes intimem o autuado a apresentar planilha analítica

demonstrativa 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.”

Foi solicitado, ainda, que caso o autuado atendesse a intimação, os autuantes deveriam conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado, cotejando-o com os seus levantamentos, e existindo alteração dos valores devidos, deveriam elaborar novo demonstrativo de débito, observando o disposto no artigo 16-A da Lei n.º 7.014/96.

Os autuantes em atenção a diligência solicitada pela 1ª JJF, informam (fls. 103/105) que o contribuinte foi intimado a apresentar planilha analítica onde restasse demonstrada a identificação dos produtos objeto de pagamento, assim como a base de cálculo do imposto, a alíquota aplicada, os valores do imposto devido e o destacado nos documentos fiscais e, por fim, a diferença recolhida, conforme asseverou o próprio contribuinte.

Esclarecem que, após a apresentação das planilhas solicitadas, anexadas às fls. 108/117, ficou evidenciado, de forma impar, o acerto do procedimento fiscal, cujos ajustes que se faziam necessários foram operados durante a informação fiscal, considerando o recolhimento parcial feito pelo contribuinte.

Prosseguem informando que, os produtos cujos recolhimentos iniciais do ICMS foram feitos com a alíquota de 17% quando deveriam ter sido feito aplicando-se a alíquota de 27%, foram reconhecidos pelo próprio contribuinte, uma vez que o mesmo providenciou o recolhimento da diferença conforme documentos anexados às fls. 69/74.

Dizem os autuantes que, no momento em que tomaram conhecimento de tal providência, prontamente consignaram o evento na Informação de fls. 79/82. As novas planilhas enviadas pelo defendente, discriminando analiticamente os produtos objetos dos pagamentos, conforme proposta do CONSEF, somente serviu para aclarar quais os produtos foram pagos pelo contribuinte e que deveriam ser retirados do levantamento preliminar e que serviu de suporte para lavratura do Auto de Infração respectivo, uma vez que na Informação Fiscal supra referida, consignaram o valor recolhido em seu total, sem levar em consideração os respectivos produtos.

Afirmam que de acordo com a planilha analítica apresentada, os valores que devem ser abatidos porque espelham produtos que foram efetivamente pagos, dentre aqueles que constam no levantamento inicial e que lastreou o auto de infração, são aqueles indicados na planilha que elaboraram relativa ao período janeiro a junho de 2002.

Acrescentam que, também assiste razão ao contribuinte quanto aos valores considerados duplicados no período abril/dezembro de 2002, decorrente de problemas nos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte, apenas agora questionado e apresentam planilha.

Continuam os autuantes, informando que no concernente ao exercício de 2001, o contribuinte não lançou qualquer discussão ou apresentou alguma planilha que pudesse alterar os valores reclamados, descabendo o questionamento genérico de que as mercadorias objeto da autuação não estavam enquadradas no dispositivo legal.

Sustentam que, não houve qualquer interpretação extensiva ou inclusão de mercadorias que a norma não prescreveu, ou seja, não houve inclusão da alíquota majorada prevista no artigo 51, II, “h” do RICMS/97, para LAVANDA, SEIVA DE ALFAZEMA ou assemelhados.

Dizem que os valores autuados que estão sendo alterados, no exercício de 2002, referem-se às parcelas que o contribuinte efetivamente reconheceu e recolheu, além dos valores que foram considerados em duplicidade, tendo em vista erros dos próprios arquivos magnéticos apresentados.

Apresentam resumo, dizendo que com relação ao exercício de 2001 a exigência fiscal fica mantida em sua integralidade.

Relativamente ao exercício de 2002, dizem que fica reduzida para 417,90.

Concluem mantendo a autuação com as exclusões apontadas.

O autuado ao tomar ciência do resultado da diligência acima mencionada, afirma que mantém, todos os termos e documentos acostados à defesa e reforça a nulidade da infração, dizendo que a fiscalização deixou de observar que houve pagamento da diferença de alíquota de 17% para 27% dos produtos cuja alíquota é de 25% mais 2%, conforme documentos de recolhimento constante nos autos do processo e reconhecido pela própria Fazenda.

No mérito sustenta que descabe a exigência fiscal por dois motivos. Primeiro porque houve o recolhimento do imposto relativamente aos produtos sujeitos à alíquota de 27% (25% + 2%), a diferença de alíquota foi devidamente recolhida, antes da autuação, como foi reconhecido na diligência.

Segundo porque o fisco exige diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97, eis que não se referem a águas-de-colônia, colônia e deo-colônia, como por exemplo, a lavanda, a alfazema, etc. tendo em vista a sua classificação fiscal.

Diz que houve por parte do fisco transgressão ao artigo 112 do CTN, transcrevendo-o, afirmando que este artigo explicita o princípio in dubio pro réu, trazendo ainda decisões do CONSEF sobre a matéria.

Informa, ainda, que realizou consulta a SEFAZ/BA, através do processo n.º 125123/2005-3, tendo obtido resposta que os produtos cuja NBM/SH é 3307.20.10, estão sujeitos a alíquota de 17%.

Sustenta que a resposta dada é vinculante de acordo com o CTN, em seu artigo 100 c/c 146. Cita ainda a doutrina para reforçar o seu entendimento.

Prossegue, ressaltando que embora os fabricantes adotem, por exemplo, os nomes “Deo Colônia Julay Alfazema” ou Deo Colônia Belle Nature Lavanda”, esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como 3307.20.10, produtos que têm alíquota de 17%, eis que estão incluídas nas exceções tributação a alíquota de 27% (25% + 2%) nos termos do artigo 51, II, “h” do RICMS/97.

Salienta que as nomenclaturas são definidas pelos fornecedores em suas notas fiscais, pois cabe ao fornecedor, que tem orientações técnicas, classificar os produtos de acordo com os NBM.

Finaliza, ratificando o pedido de nulidade do auto de infração ou de sua improcedência.

VOTO

Preliminarmente, rejeito a nulidade pretendida pelo autuado porque verifico presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, consoante artigo 18, seus incisos, alíneas e parágrafos, do RPAF/99. Verifico, ainda, que o autuado atacou a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, inexistindo a meu ver cerceamento ao direito de defesa.

Quanto à diligência e perícia requeridas, entendo que a diligência solicitada por esta 1ª JF, para que os autuantes intimassem o autuado a apresentar planilha analítica demonstrativa detalhando 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, bem como o posterior pronunciamento dos autuantes por acatarem a planilha fornecida pelo autuado, trouxe os esclarecimentos quanto à exigência fiscal, permitindo-me firmar o meu convencimento sobre a matéria.

Vale registrar 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, no que concerne 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 deo-colônias, que segundo os autuantes foram tributadas com a alíquota de 17% ao invés de 25% no exercício de 2001 e 27% no exercício de 2002.

Alega o autuado que os autuantes incluíram no levantamento os produtos Lavanda e Seiva de Alfazema o que foi negado pelos autuantes. Entendo assistir razão aos autuantes pois verifica-se que no demonstrativo (fls.12 a 23) foram incluídos somente os produtos codificados como Colônia e Deo Colônia, motivo pelo qual rejeito tal alegação.

No que se refere à diligência, registro que esta foi bastante esclarecedora considerando que os autuantes ao tomarem conhecimento das planilhas apresentadas pelo autuado, apresentaram um novo demonstrativo às fls. 103/105, no qual indicam que resta a diferença devida de R\$417,90, relativa ao exercício de 2002, tendo em vista que acataram os pagamentos efetuados abatendo-os da exigência, assim como excluíram os valores consignados em duplicidade, lançados conforme esclarecimento dos autuantes, em decorrência de problemas nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado. Quanto ao exercício de 2001, esclarecem que a exigência permanece integralmente.

Assim, considerando as exclusões relativas ao exercício de 2002 e a confirmação da exigência referente ao exercício de 2001, o valor total do débito passa a ser de R\$592,00 conforme demonstrativos abaixo:

ANO 2001	VALOR R\$
JANEIRO	11,55
FEVEREIRO	9,83
MARÇO	11,67
ABRIL	15,36
MAIO	22,89
JUNHO	14,26
JULHO	10,87
AGOSTO	13,44
SETEMBRO	17,41
OUTUBRO	11,08
NOVEMBRO	18,37
DEZEMBRO	17,37
TOTAL	174,10

ANO 2002	VALOR R\$
JANEIRO	0,38
FEVEREIRO	39,94
MARÇO	25,83
ABRIL	63,55
MAIO	53,51
JUNHO	0,00
JULHO	41,40
AGOSTO	48,17
SETEMBRO	39,42

OUTUBRO	38,41
NOVEMBRO	43,43
DEZEMBRO	23,86
TOTAL	417,90

Relativamente à alegação do autuado de que a autuação destoava do entendimento da própria SEFAZ/BA, considerando a existência de Consulta formulada através do Processo nº. 125123/2005-3, constato a inexistência de qualquer conflito de interpretação, conforme se observa no questionamento e respectiva resposta.

Na referida consulta foi apresentado o seguinte questionamento: ‘3 – Os produtos, cujo NBM/SH é 3307.20.10, são tributados na alíquota de 17%’.

A resposta dada foi a seguinte: “3. Sim. Produtos situados na posição 3307.20 da NCM se encontram sujeitos à alíquota de 17”.

Efetivamente, a resposta não merece nenhum reparo. Os produtos que estão indicados com a NCM na posição 3307.20.10, estão sujeitos à aplicação da alíquota de 17%. Na realidade, o entendimento já pacificado no âmbito da SEFAZ/BA, é de que deve existir uma perfeita identificação entre o nome do produto e o seu código na NCM. Assim, conforme se pode ver no artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97, que abaixo transcrevo, a alíquota aplicável a colônia e deocolônia é de 25% ou 27% - a depender do período – estando tais produtos classificados na NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20

“Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I – (...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia - NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 -, exceto: lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303), óleos essenciais (NBM/SH 3301), substâncias odoríferas e suas preparações (NBM/SH 3302), preparações para barbear (NBM/SH 3307.10.00), desodorantes corporais simples e antiperspirantes (NBM/SH 3307.20.0100), sais perfumados para banhos (NBM/SH 3307.30.00), preparações para perfumar ou desodorizar ambientes (NBM/SH 3307.4), sachês, depilatórios e papéis perfumados (NBM/SH 3307.90.00), produtos de beleza, cosméticos e artigos de maquiagem, inclusive bronzeadores, anti-solares e produtos para manicuros e pedicuros (NBM/SH 3304), xampus, laquê e outras preparações capilares (NBM/SH 3305);”.

Portanto, a vinculação do fisco à consulta não foi atingida, considerando que relativamente à colônia e deocolônia, a alíquota aplicável é de 25% ou 27%, - a depender do período exigido - matéria que não foi objeto do questionamento na consulta formulada.

“Permissa vênua” discordo do autuado quando afirma que “... os códigos de nomenclaturas são definidos pelos fornecedores em suas notas fiscais, pois cabe ao fornecedor, que tem orientações técnicas, classificar os produtos de acordo com os NBM”. A classificação do produto é feita por órgão competente da Receita Federal, assim, se existe dúvida quanto à sua correta classificação, cabe ao interessado consultar aquele órgão, no intuito de obter uma resposta oficial e de posse dessa resposta demonstrar o equívoco da legislação do ICMS, se for o caso.

No respeitante à infração 02, houve o reconhecimento pelo autuado (fl. 79), inclusive, com o pagamento do valor exigido. Assim, fica mantida a multa de R\$292,26 com a homologação do valor recolhido.

Relativamente à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, registro que a sua utilização está prevista no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual de nº 3.956/81 (COTEB). Entretanto, quanto à sua inconstitucionalidade, deparo-me com um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99.

Da mesma forma, quanto à alegação de que a multa aplicada de 60% é confiscatória e inconstitucional, registro que existe previsão legal para sua aplicação que é o art. 42, II, “d” e seu § 1º da Lei nº 7.014/96. No que concerne à inconstitucionalidade, conforme disse acima, existe um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, homologando-se a quantia já recolhida.

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 **140779.0004/04-4**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$592,00**, 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\$292,26** prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada Lei e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA -JULGADOR