

PROCESSO - A.I. Nº 123430.0004/04-7
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0457/05
ORIGEM - IFEP –DAT/METRO
INTERNET - 15/12/2005

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 457-03/05, de 12 de dezembro de 2005, exarado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme manifestação à fl. 548, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 9 de Julho de 1999, para inclusão na Resolução do Recurso de Ofício previsto pelo art. 169, I “a” do citado Regulamento.

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0457-03/05-A

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovado nos autos que houve utilização indevida de crédito fiscal. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. b) BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DO CIAP. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal, o imposto exigido ficou reduzido. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO NAS SAÍDAS SUBSEQUENTES. MULTA. Infração caracterizada. Autuado não contestou. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2004, refere-se à exigência de R\$58.806,75 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além da multa no valor de R\$4.602,70, por falta de cumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Consta, ainda, que o contribuinte utilizou crédito fiscal na aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada, por força da substituição tributária, no período de abril de 2001 a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$52.089,47.

2. Recolhimento do ICMS 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, na comercialização de deo colônias. Valores apurados a partir do Registro 60R, dos Arquivos Magnéticos enviados pelo autuado via SINTEGRA, nos exercícios de 2001 a 2003. Valor do débito: R\$6.195,52
3. Multa percentual aplicada sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativamente a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no mês de março de 2003. Valor do débito: R\$4.602,70
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta, ainda, que o autuado utilizou indevidamente ou a maior, crédito fiscal relativo à aquisição de ativo permanente, devido à não apuração do crédito proporcional através da aplicação da planilha do CIAP, no mês de maio de 2002. Valor do débito: R\$521,76.

O autuado, por meio de advogado, apresentou tempestivamente impugnação às fls. 202 a 213, informando, inicialmente, que em relação às infrações 03 e 04, reconhece débito, por isso efetuou o recolhimento do imposto, conforme DAE à fl. 255, requerendo a extinção da dívida.

O defensor reproduziu ensinamentos de Luiz Henrique Barros de Arruda e suscitou nulidade da autuação, alegando que não se pode acusar sem provas, e o autuante se limitou, quanto à primeira infração, em alegar genericamente que houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, sem atentar para as mercadorias que foram produzidas dentro e fora do Estado por empresas que recolhem o tributo no Regime Especial, como é o caso das massas alimentícias e biscoitos, bem como em relação aos salgados à base de farinha de trigo.

Quanto à infração 02, o defensor também suscitou nulidade da autuação por falta de clareza e precisão. Citou os arts. 18 e 39 do RPAF/99, argumentando que o lançamento não contém os elementos suficientes para a determinação da infração e do infrator, não é claro, e na ausência desses requisitos, constitui em ato nulo. Citou a jurisprudência e ensinamentos doutrinários sobre essa questão, além de julgamentos do CONSEF: Acórdão JJF Nº 0045/99 e Acórdão JJF Nº 0196/99. O defensor argumentou que o Auto de Infração foi lavrado sem provas, deixando de observar dados constantes nos documentos fiscais, e que se considera prejudicado em sua defesa, por não saber o que precisa provar para se defender. Transcreveu a ementa de outro julgamento do CONSEF, no qual foi decidido pela nulidade da autuação, por cerceamento do direito de defesa (Acórdão JJF Nº 2027/00), tendo citado, também o art. 53 do Código Tributário do Estado do Ceará, apresentando o entendimento de que está evidenciado o cerceamento do direito de defesa.

Em relação à infração 01, alega, ainda, que não existe hipótese de incidência da antecipação tributária na aquisição de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas, mercadorias produzidas no Estado por empresas que possuem Regime Especial, e o contribuinte pode utilizar como crédito fiscal o imposto da operação normal, por não se tratar de operação sujeita à antecipação tributária. Disse que o autuante, sem observar qualquer critério, lançou as notas fiscais relativas a essas mercadorias, e para reforçar a fragilidade da autuação, considerou como créditos indevidos aqueles correspondentes às aquisições de salgados à base de farinha de trigo, inexistindo a mencionada mercadoria no art. 353, II do RICMS/97, encontrando-se apenas os salgados preparados à base de cereais, batata, amendoim ou castanha de caju. Por isso, o autuado entende que não procede a exigência fiscal.

Quanto à segunda infração, disse que também descabe o lançamento, pois o fisco está exigindo diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos nas hipóteses do art. 51, inciso II, alínea “h” do RICMS/97, considerando que não se referem a água-de-colônia, colônia e deo

colônia. Entende que o fisco interpretou de maneira extensiva ao lançar as notas fiscais referentes a lavanda e seiva de alfazema como se fossem colônia ou deo colônia. Juntou aos autos (fls. 239 a 245) relação de pagamentos relativos a deo colônias, de 17% para 27% e DAEs (fls. 248 a 253).

Comentou sobre a inaplicabilidade da taxa SELIC, entendendo haver inconstitucionalidade na aplicação da mencionada taxa, e quanto à multa indicada no Auto de Infração, entende que a mesma é confiscatória, e que a multa moratória não deve ultrapassar o percentual de 20%. Quanto a essas questões, citou decisões dos tribunais, argumentando que essas são as razões pelas quais deve ser julgado improcedente o presente Auto de Infração. Comenta sobre o art. 112 do CTN, e requer a nulidade do presente Auto de Infração. Protesta pela juntada posterior de provas, bem como, pela produção de todos os meios de prova, inclusive perícia e diligência; que sejam homologados os pagamentos efetuados referentes às infrações 03 e 04, e por fim, apresenta quesitos, caso seja deferido o pedido de perícia.

As autuantes prestaram informação fiscal às fls. 260 e 261 dos autos, dizendo que em relação à infração 01, ao contrário do alegado pelo contribuinte, no levantamento fiscal, foram elencadas todas as mercadorias (de acordo com o Anexo 88, do RICMS/97), que se encontravam com fase de tributação encerrada, e consequentemente, impossibilitadas de gerar crédito fiscal, nas aquisições, por compras ou por transferências. Asseguram que o levantamento foi realizado a partir dos arquivos magnéticos, e, confrontado com os Livros Registro de Entradas de Mercadorias (fls. 106 a 173), foi confirmada a utilização indevida de crédito fiscal. Contestam as afirmações apresentadas na impugnação, acrescentando que o deficiente parece que não leu o presente processo.

Quanto à infração 02, dizem que os pagamentos apresentados pelo autuado (fls. 239 a 246 e 248 a 253) se referem ao período de 01/2002 a 06/2002, mas, nos períodos restantes (exercício de 2001, de julho a dezembro de 2002, e exercício de 2003), não foi apresentado qualquer comprovante de pagamento. Dizem, ainda, que os dados relativos às mercadorias constantes do levantamento fiscal (fls. 175 a 184) foram extraídos dos documentos fiscais do autuado, e estão inseridas nas hipóteses estabelecidas no art. 51, II, "h", do RICMS/97. Lembram, que as infrações 03 e 04 não foram impugnadas, salientando que não foi apresentado pelo autuado qualquer documento que justificasse a sua defesa. Em relação à taxa SELIC, dizem que não cabe ao autuante discutir ou contestar. Por fim, pedem a procedência do Auto de Infração em lide.

Esta 3^a JJF converteu o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF para Auditor Fiscal estranho ao feito, excluir do levantamento fiscal, referente à primeira infração, os valores cujo recolhimento do imposto seja comprovado pelo contribuinte.

Quanto à primeira infração, relativamente às entradas de salgados à base de farinha de trigo, bem como, massas alimentícias, biscoitos ou bolachas, mercadorias que segundo o autuado, foram produzidas no Estado por empresas que possuem Regime Especial, foi solicitado para o diligente apurar se as aquisições foram realizadas com o imposto recolhido pelo sistema normal de apuração, ou foi operação sujeita à antecipação tributária, devendo excluir do levantamento fiscal, se as operações foram realizadas considerando o sistema normal de apuração do imposto.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 0168/2005, foi informado:

1 – Quanto à primeira infração, nos demonstrativos elaborados pelas autuantes (fls. 20/173) foram incluídas mercadorias que não estão sujeitas à substituição tributária, o que permite ao autuado creditar-se do imposto correspondente, pelo regime normal de apuração. Assim, foi efetuado novo levantamento, fazendo as exclusões.

2 - Em relação à infração 02, o diligente disse que foram procedidas as necessárias retificações, conforme demonstrativo às fls. 440/449, sendo excluídos os valores comprovados pelo sujeito

passivo, tendo em vista que foi constatado no levantamento fiscal que houve inclusão de mercadorias que não estão incluídas no art. 51, inciso II, do RICMS/97: lavanda, seiva de alfazema.

3 – Após as verificações e exclusões efetuadas e com as novas planilhas (fls. 276/398 e 440/449, ficaram alterados os valores exigidos, conforme demonstrativo de débito (fls. 273/274).

A autuante Rosy Mery T. Oliveira tomou conhecimento do Parecer ASTEC, conforme ciente aposto à fl. 500, e não apresentou qualquer pronunciamento.

Intimado a tomar conhecimento do PARECER ASTEC 168/2005, o contribuinte apresentou nova manifestação (fls. 497/498), aduzindo que a exclusão dos produtos não sujeitos à substituição tributária e a confirmação da aplicação de alíquota de 17% para lavanda e alfazema demonstram a improcedência do presente Auto de Infração, ressaltando que “tanto é verdade que o Fisco refez o lançamento administrativo desconstituindo o lançado anteriormente”.

Reafirma a alegação apresentada na impugnação inicial de que há falta de clareza e precisão do lançamento, e que as infrações 03 e 04 devem ser extintas porque foram confessadas e pagas. Pede a nulidade e improcedência das infrações 01 e 02.

VOTO

Analisando, inicialmente, a alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a perícia é desnecessária, e os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

O autuado suscitou preliminar de nulidade quanto às infrações 01 e 02, sob a alegação de que falta de clareza e precisão na autuação, que o lançamento não contém os elementos suficientes para a determinação da infração e do infrator. Entretanto, constato que a descrição dos fatos foi efetuada de forma clara, ficando evidente o enquadramento legal e a irregularidade apurada. Ademais, pela leitura da peça defensiva, verifico que o autuado entendeu perfeitamente a infração que lhe foi imputada.

Assim, entendo que o PAF está revestido das formalidades legais, haja vista que estão determinados o autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendant.

Quanto ao mérito, a primeira infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. O contribuinte utilizou crédito fiscal relativo a mercadorias com fase de tributação encerrada, por força da substituição tributária, no período de abril de 2001 a dezembro de 2003.

Em sua impugnação, o autuado alegou que não existe hipótese de incidência da antecipação tributária na aquisição de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas, mercadorias produzidas no Estado por empresas que possuem Regime Especial, por isso, entende que pode utilizar como crédito fiscal o imposto da operação normal, por não se tratar de operação sujeita à antecipação tributária. Disse, também, que foram considerados indevidos os créditos correspondentes às aquisições de salgados à base de farinha de trigo, quando a legislação prevê que estão enquadrados na substituição tributária, somente os salgados preparados à base de cereais, batata, amendoim ou castanha de caju.

Os cálculos foram refeitos pelo diligente da ASTEC, tendo em vista que foram verificadas aquisições de mercadorias que não estão sujeitas ao regime da substituição tributária, por isso, os respectivos valores foram excluídos do levantamento fiscal. Assim, acatando a apuração efetuada

pelo diligente, conforme PARECER ASTEC Nº0168/2005, fica alterado o total do imposto exigido para R\$17.596,44, conforme demonstrativo às fls. 276 a 380. Infração subsistente em parte.

A segunda infração é decorrente de recolhimento efetuado a menos pelo autuado, tendo em vista que foi apurado erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de deo colônias, uma vez que o contribuinte aplicou a alíquota de 17%.

Foi alegado nas razões defensivas que descabe o lançamento, pois o fisco está exigindo diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos nas hipóteses do art. 51, inciso II, alínea "h" do RICMS/97, considerando que não se referem a água-de-colônia, colônia e deo colônia, ou seja, o fisco interpretou de maneira extensiva ao lançar as notas fiscais referentes a lavanda e seiva de alfazema como se fossem colônia ou deo colônia.

No RICMS/97, que está de acordo com a Lei 7.014/96, encontram-se detalhados os produtos, da seguinte forma:

"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:

(...)

II

(...)

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 maquilagem, inclusive bronzeadores, anti-solares e produtos para manicuros e pedicuros (NBM/SH 3304), xampus, laquês e outras preparações capilares (NBM/SH 3305);"

De acordo com o dispositivo legal acima reproduzido, verifica-se que não há dúvida de que perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia são produtos que estão enquadrados no mesmo código NBM/SH 3303.00, e por isso, deve ser exigido o imposto na forma como foi apurado pelos autuantes.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 0168/2005, o diligente excluiu do levantamento fiscal os valores que já foram comprovadamente recolhidos (demonstrativo à fl. 272), além dos produtos lavanda e seiva-de-alfazema, que estão excetuados da alíquota de 25%, conforme a regra contida no art. 51, II, "h", reproduzida neste voto.

Entendo que está parcialmente comprovada nos autos a irregularidade apurada, acatando o resultado da diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC, conforme demonstrativo acostado aos autos, fls. 440 a 449. Alterado o total exigido para R\$608,29 (demonstrativo de débito à fl. 274).

Vale ressaltar, que embora o autuado não tenha informado que acata o resultado da diligência fiscal realizada por preposta da ASTEC, não foram apresentados novos elementos para elidir a exigência fiscal. Portanto, em relação às infrações 01 e 02, conluso pela sua procedência parcial, acatando o demonstrativo de débito elaborado pelo diligente às fls. 273/274 dos autos.

De acordo com as razões defensivas, o sujeito passivo não contestou as infrações 03 e 04, informando na impugnação apresentada que efetuou o recolhimento do tributo apurado, conforme DAE que anexou à fl. 255 dos autos. Assim, considero procedentes os itens não impugnados, haja vista que não existe controvérsia, sendo acatados pelo autuado.

Quanto à multa, o percentual constante no Auto de Infração (60%), foi indicado corretamente de acordo com o art. 42, II, “a” e “d”; VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Relativamente à taxa SELIC, também questionada nas alegações defensivas, a mesma está prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	17.596,44
02	PROCEDENTE EM PARTE	608,29
03	PROCEDENTE	4.602,70
04	PROCEDENTE	521,76
TOTAL	-	23.329,19

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 123430.0004/04-7, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.329,19**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e “d”; VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valor já recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA AGUIAR - JULGADORA