

PROCESSO - A. I. Nº 140789.0007/05-3
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A. (HIPER BOMPREÇO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0470-01/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0093-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Constatado erro na apuração do crédito proporcional através da aplicação da planilha CIAP. Infração caracterizada 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as Deo Colônias, são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% (no exercício de 2001) e 27% (no exercício de 2004), nas operações internas. Rejeitadas as preliminares de inconstitucionalidade e nulidade suscitadas. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0470-01/05, pela Procedência do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir ICMS e multa, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a operações com mercadorias enquadradas no regime da Substituição Tributária, as quais foram devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Consta, ainda, na descrição dos fatos que a multa de 60% foi aplicada sobre o valor do estoque de calçados levantado pelo próprio autuado em 28/02/03, conforme o Anexo I, referente ao mês de março de 2003 – multa de R\$10.623,70;
2. Utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, correspondente aos exercícios de 2001 a 2004. Consta que o contribuinte deixou de apurar o crédito proporcional por meio da planilha do CIAP, conforme o Anexo II - R\$19.289,33;
3. Recolhimento do imposto efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente aos exercícios de 2001 e 2004. Consta, ainda, que o contribuinte aplicou alíquota inferior à determinada pela legislação na comercialização de deo-colônias e colônias, conforme planilhas constantes do Anexo III, com valores apurados mediante a análise do Registro 60R dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via SINTEGRA - R\$10.706,20.

A Junta de Julgamento Fiscal indeferiu o pedido de diligência formulado pelo contribuinte, com base no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, por considerar que o PAF encontrava-se instruído e seus elementos eram suficientes para a formação de sua convicção.

O órgão julgador de Primeira Instância afastou as preliminares de nulidade levantadas pelo autuado com fundamento na seguinte argumentação:

1. não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de constitucionalidade da legislação e as multas indicadas estão previstas na Lei nº 7.014/96, a teor do que dispõe o artigo 167, inciso I, do RPAF/99;
2. o Auto de Infração preenche as formalidades legais previstas, não havendo violação ao direito à ampla defesa do contribuinte sendo que as infrações estão demonstradas, de forma clara e precisa, nos Anexos I, II e III (fls. 27 a 69);
3. os demonstrativos anexados pela autuante e que dão respaldo à autuação foram elaborados com base nos documentos e livros fiscais apresentados pelo próprio contribuinte e o Auto de Infração descreve as infrações e identifica com precisão que o autuado é o sujeito passivo da obrigação tributária;
4. a utilização da Taxa SELIC para atualização do valor do débito tornou-se prática reiterada da administração tributária em todas as esferas de competência e está prevista no artigo 102, § 2º, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

No mérito, a Junta de Julgamento Fiscal manteve a autuação em sua inteireza, ressaltando que o sujeito passivo reconheceu o cometimento da infração 1.

Quanto à infração 2, entendeu que ficou devidamente caracterizada por meio dos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 40 a 47), onde estão indicadas as aquisições de bens para o ativo imobilizado, o percentual correspondente ao estorno referente às saídas isentas e não tributadas e os valores respectivos de estornos, valores que não foram contestados pelo autuado, apesar de intimado por duas vezes, em 01/03/2005 e 22/09/2005. Salientou, ainda, que a Lei Complementar 87/96 prevê expressamente a proporcionalidade na utilização do crédito fiscal correspondente às aquisições de ativo imobilizado em relação às saídas tributadas, assim como a proporção de estorno referente às saídas isentas e não tributadas.

Relativamente à infração 03, observou que, apesar de o autuado ter alegado que foram incluídos no levantamento fiscal os produtos desodorantes corporais, lavanda, seiva de alfazema e outros produtos tributados à alíquota de 17%, não apresentou à autuante, mesmo após intimado em 14/09/05 (fl. 21), a classificação dos produtos arrolados como colônia e deo colônia, tendo sido incluídos, nos demonstrativos de fls. 49 a 69, tão somente os produtos codificados como Colônia e Deo Colônia.

Quanto à alegação do contribuinte, de que a autuação destoa do entendimento da própria SEFAZ/BA, considerando a existência de Consulta formulada no Processo nº 125123/2005-3, entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que não existia conflito de interpretação, já que, de acordo com a resposta à Consulta, a SEFAZ se posicionou no sentido de que os produtos “*situados na posição 3307.20 da NCM se encontram sujeitos à alíquota de 17%*”, sendo que a colônia e a deo-colônia são classificadas na NBM/SH na posição 3303.00.10 e 3303.00.20 e tributadas à alíquota de 25% ou 27% (a depender do período), consoante o disposto no artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 130 a 137), o sujeito passivo suscita, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por falta de clareza e precisão, e consequente cerceamento de seu direito de defesa, haja vista que não pode apresentar “documentos diversos”, competindo ao autuante demonstrar e comprovar as razões que o levaram a instaurar o procedimento fiscal. Alega que não ficou demonstrado, na infração 2, como foi calculado o crédito proporcional do ICMS referente aos bens adquiridos para o ativo imobilizado e, na infração 3, não foi mencionado, no demonstrativo anexado aos autos pela autuante, o código NBM das mercadorias às quais se aplicam os percentuais de 25% ou 25% mais 2%. Transcreve o artigo 18, do RPAF/99 e ementas de decisões judiciais e deste CONSEF para reforçar a sua argumentação.

No mérito, alega, em relação à infração 2, que a autuante não demonstrou de forma clara e precisa que considerou como crédito fiscal o valor do imposto correspondente à proporção das operações de saída ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saída ou prestações tributadas no período compreendido entre a aquisição do bem destinado ao ativo permanente e a data de lavratura do Auto de Infração.

Quanto à infração 3, aduz que, conforme pode ser constatado por meio da “*Consulta de Produtos por Grupo Tributário*” (fls. 140 a 159) as mercadorias listadas pelo fisco foram efetivamente tributadas no percentual de 27%, como determina o artigo 51, inciso II, do RICMS/97.

Argumenta que a multa de 60% é confiscatória e que o órgão julgador administrativo tem o dever de respeitar os princípios da segurança jurídica e do não confisco, aplicando penalidade no percentual máximo de 20%, consoante o pensamento da doutrina que traz à colação.

Alega, ainda, que deixar de aplicar a taxa SELIC não é declarar a sua inconstitucionalidade, mas apenas uma questão de escolher a norma válida a seguir que, no caso, é o Código Tributário Nacional por ser norma hierarquicamente superior à Lei Ordinária nº 9.065/95, que instituiu a taxa SELIC. Afirma que, de acordo com o § 1º do artigo 161 do CTN, só se pode cobrar juros de mora em percentual não superior a 1%, razão pela qual deve ser expurgada, deste lançamento, a exigência de juros à base da taxa SELIC, a qual aumenta, de forma “artificiosa”, o débito tributário e representa um verdadeiro “anatocismo”, ou seja, “*cobrança de juros sobre o juro vencido e não pago, que se incorporará ao capital desde o dia do vencimento*”, tratando-se de “*capitalização dos juros não admitida legalmente, mesmo que expressamente convencionada em contrato, salvo em operações regidas por normas especiais*”, segundo o conceito indicado no livro Dicionário Jurídico, de Maria Helena Diniz, São Paulo, Saraiva, 1998.

Por fim, requer que, em caso de dúvida, seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito e pede a nulidade ou a improcedência das infrações 2 e 3 deste Auto de Infração.

O ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, apresentou o seu Parecer (fls. 168 a 171) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, fundamentado no seguinte:

Quanto à infração 2, afirma que, de acordo com o artigo 97, inciso XII, alínea “a”, do RICMS/97, o crédito fiscal relativo à aquisição de bens para o ativo imobilizado deve ser estornado na proporção das saídas isentas e não tributadas, cabendo ao contribuinte fazer a prova de como apropriou os créditos fiscais. Além disso, a autuante trouxe aos autos, de forma esmiuçada, o Demonstrativo de Auditoria Imobilizado, onde restaram desveladas as aquisições de mercadorias para o ativo imobilizado, com o percentual e os valores correspondentes ao estorno relativo às saídas isentas e não tributadas, a partir de informações prestadas pelo próprio autuado em seus livros fiscais, as quais não foram contestadas.

Em referência à infração 3, ressalta que o recorrente acatou finalmente a legalidade das alíquotas de 25% e 27% aplicadas para os produtos listados neste lançamento, cabendo apenas a verificação da validade dos documentos acostados às fls. 140 a 159 dos autos. A esse respeito, diz que tais documentos não têm o condão de provar que as mercadorias foram tributadas à alíquota de 25% ou 27%, pois se trata de elementos de controle interno do contribuinte, “não possuindo força suficiente a demonstrar o recolhimento correto do imposto”.

Salienta, por último, que os produtos elencados nas planilhas do Recorrente não abarcam a totalidade dos produtos inventariados no minucioso trabalho realizado pela fiscalização e estranha que somente agora, após contínuos ataques à alíquota aplicada pelo fisco, o autuado tenha trazido ao PAF sua expressa confissão de que recolhera o ICMS com base nas alíquotas anteriormente refutadas.

Na sessão de julgamento o Conselheiro Marcos Rogério Lyrio Pimenta declarou-se impedido de discutir e votar o presente processo administrativo fiscal.

VOTO

Deixo de acatar todas as preliminares de inconstitucionalidade e de nulidade suscitadas no Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas:

1. nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não compete aos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Sendo assim, em que pese a argumentação apresentada pelo recorrente, não é possível deixar de aplicar a multa de 60% ou utilizar a taxa SELIC para o cálculo dos acréscimos moratórios incidentes, como indicado no lançamento, tendo em vista que a penalidade é a indicada para as infrações apontadas e está prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” e inciso VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96. Quanto à taxa SELIC, está prevista no artigo 102, § 2º, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB);
2. os cálculos relativos às infrações apontadas na autuação estão demonstrados nas planilhas elaboradas pela autuante e acostadas às fls. 39 a 69 dos autos e são de fácil compreensão, não se configurando, em meu entendimento, cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo. Tanto é verdade que o próprio autuado entendeu e reconheceu a procedência da infração 1. Ademais, os referidos demonstrativos foram feitos com base nos documentos e livros fiscais apresentados pelo próprio contribuinte.

No mérito, o presente Recurso Voluntário se destina à reforma da Decisão exarada pela Junta de Julgamento Fiscal apenas no que se refere às infrações 2 e 3 do lançamento.

Na infração 2 exige-se o imposto que foi recolhido a menos por utilização indevida de crédito fiscal oriundo de aquisições de bens para o ativo imobilizado, em razão da falta de seu estorno proporcional relativamente às operações de saídas de mercadorias isentas e não tributáveis. O recorrente alegou que a autuante não demonstrou de forma clara que considerou, como crédito fiscal, o valor do imposto correspondente à proporção das operações de saída ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saída ou prestações tributadas no período compreendido entre a aquisição do bem destinado ao ativo permanente e a data de lavratura do Auto de Infração. Entretanto, verifico, do exame dos demonstrativos anexados às fls. 39 a 47, que o preposto fiscal calculou, mensalmente, o percentual das saídas de mercadorias isentas em relação ao total de saídas de mercadorias; em seguida, aplicou tal percentual ao valor do crédito fiscal utilizado pelo contribuinte no livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente (CIAP) e apurou o valor que deveria ter sido estornado. Caso entendesse que os valores estavam incorretos, caberia ao recorrente ter trazido as suas próprias planilhas para demonstrar os equívocos, o que não foi feito em nenhum momento. Sendo assim, considero que não merece reforma a Decisão recorrida, pela manutenção da autuação.

Na infração 3 exige-se o ICMS que foi recolhido a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota (17% em vez de 25% ou 27%, a depender do período), nas operações de saídas de colônias e deo-colônias, tudo conforme os demonstrativos apensados pela autuante às fls. 48 a 69 do PAF.

Em sua Impugnação, o autuado contestou a legalidade da aplicação das alíquotas de 25% e 27%, entretanto, em seu Recurso Voluntário, mudou a sua linha de argumentação, aduzindo que, conforme o documento denominado “Consulta de Produtos por Grupo Tributário” que acostou às fls. 140 a 159, os produtos listados pela fiscalização “foram tributados com alíquota de 27%, conforme determina o art. 51, II, do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA)”.

Examinando os elementos anexados pelo recorrente, constato que se trata de documentos de controle interno que não se prestam a comprovar que a tributação dos referidos produtos

(colônias e deo-colônias) foi feita à alíquota prevista no artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97, que tem a seguinte dicção:

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 - 25% nas operações e prestações relativas a:

h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e Deo Colônia - 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);

Acrescente-se, por fim, que a partir de 01/01/02, a alíquota de 25% foi majorada para 27%, pela alteração promovida pela Lei nº 7.981/01 à Lei nº 7.014/96 (artigo 16-A), destinando a arrecadação de dois pontos percentuais para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Pelo exposto, entendo que está correta a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, apresentado pelo autuado, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, acolhendo o opinativo da PGE/PROFIS, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 140789.0007/05-3, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A (HIPER BOMPREÇO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$29.995,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$10.623,70**, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º, da citada lei e dos acréscimos moratórios, conforme disposto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

ADRIANA LOPES VIANA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS