

PROCESSO - A. I. Nº 140779.0004/04-4
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0413-01/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 28/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0113-11/06

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Comprovado que parte das operações, sujeita à alíquota de 25%, foi tributada à alíquota de 17%, por se tratar de Águas-de-Colônia, inclusive Colônia e Deo-colônia. Rejeitados os pedidos de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 1ª JF – Acórdão JF nº 0413-01/05, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado para exigir o valor de R\$1.654,12, em razão:

1. Do recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$1.361,86, decorrente de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, constantes do Registro 60R contidos nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte, inerente aos exercícios de 2001/2002;
2. Multa no valor de R\$292,26, correspondente a 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com saída posterior tributada normalmente.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$884,26, sendo R\$592,00 relativo ao imposto e R\$292,26 referente à multa, pelas seguintes razões:

Preliminarmente rejeitou a nulidade argüida do Auto de Infração por entender presentes os pressupostos de sua validação, consoante art. 18 do RPAF, como também por verificar que o autuado atacou a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, inexistindo cerceamento ao direito de defesa.

Quanto à diligência e perícia requeridas, foi ressaltado que a diligência solicitada pela 1ª JF, para que os autuantes intimassem o autuado a apresentar planilha analítica 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 firmar o convencimento sobre a matéria.

No mérito, quanto à infração 01, foi salientado que 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.

Registra que o autuado alega que foram indevidamente incluídos no levantamento fiscal os produtos Lavanda e Seiva de Alfazema o que foi negado pelos autuantes.

Entende a JF assistir razão aos autuantes, pois verifica que no demonstrativo (fls. 12 a 23) foram incluídos somente os produtos codificados como Colônia e Deo Colônia.

Ressalta que a diligência realizada foi bastante esclarecedora, visto que os autuantes tomaram conhecimento das planilhas apresentadas pelo autuado, anexando novo demonstrativo às fls. 103 a 105, no qual indicam que remanesce a diferença 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 em decorrência de problemas nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado. Quanto à exigência relativa ao exercício de 2001 foi mantida integralmente.

Quanto à consulta formulada através do Processo nº 125123/2005-3, a qual questiona: “3 – Os produtos, cujo NBM/SH é 3307.20.10, são sujeitos à alíquota de 17”, obtendo como resposta: “3. Sim. Produtos situados na posição 3307.20 da NCM se encontram sujeitos à alíquota de 17”, entende a JJF que tal resposta não merece nenhum reparo, do que destaca o entendimento já pacificado no âmbito da SEFAZ de que deve existir uma perfeita identificação entre o nome do produto e o seu código na NCM.

Assim, sustenta que, nos termos do art. 51, II, “h”, do RICMS, a alíquota aplicável à 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. Portanto, conclui que a vinculação do fisco à consulta não foi atingida, vez que a matéria não foi objeto do questionamento na consulta formulada.

Por fim, discorda 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”. Defende a JJF que a classificação do produto é feita por órgão competente da Receita Federal. Assim, entende que 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 tocante à segunda infração, por ter sido reconhecida pelo autuado, inclusive com o recolhimento do valor exigido, foi mantida como procedente.

Finalmente, quanto à alegação da inconstitucionalidade da Taxa SELIC e da multa confiscatória foi ressaltado o óbice intransponível à sua apreciação que é o art. 167 do RPAF/99.

No Recurso Voluntário, o qual se restringe tão-somente à primeira infração, o recorrente reitera suas preliminares de nulidade do Auto de Infração acerca do ônus da prova, onde sustenta que apresentou os documentos solicitados em diligência, comprovando a existência de mercadorias que não são tributadas a 25%, a exemplo de lavanda, seiva de alfazema e alfazema, fato de fácil constatação ao se comparar a planilha confeccionada pelos autuantes com o demonstrativo da empresa, bem como, as notas fiscais anexadas ao processo administrativo constante da diligência de fls. 103 a 117 dos autos.

Ressalta que a Decisão recorrida rejeita a preliminar entendendo que os atos fiscais gozam de presunção de legitimidade e, por sua vez, compete ao contribuinte provar o contrário, do que discorda o recorrente, por ser dever funcional de o fiscal ofertar ao contribuinte meios concretos para exercer o direito de defesa, pois, contrário *sensu*, nulos estão os seus atos. Cita jurisprudência.

Por fim, destaca que, *in casu*, o fiscal, ao lavrar o presente Auto de Infração (infração 01) não trouxe nenhuma prova de sua alegação, violando o direito de defesa do recorrente.

No mérito, defende a inexistência de recolhimento a menor de ICMS por erro na aplicação da alíquota. Aduz que o fisco exige a “diferença de alíquota” dos produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS, 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, conforme pode ser constatado através da planilha e notas

fiscais anexadas ao processo quando da manifestação do recorrente na diligência fiscal de fls. 103 a 117 dos autos.

Afirma que o CONSEF vem decidindo que apenas os produtos perfumes, águas-de-colônia, colônia e deo-colônia, são tributados com alíquotas de 25% ou 27%, a exemplo dos Acórdãos JFJ nº 0038/01 e 2082-02/01.

Ressalta que a autuação combatida destoa do entendimento da própria SEFAZ em resposta a Consulta nº 125123/2005-3, cuja Decisão tem efeito vinculante, é lei. Cita doutrina e destaca que a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento, consoante Súmula nº 227 do antigo Tribunal Federal de recursos e também recentes decisões do STJ (RESP nº 412.904/SC).

Conclui ser improcedente a cobrança da alíquota de 25% e 27%, quando a classificação do produto se enquadra na alíquota de 17%, conforme resposta a consulta formulada, bem como por meio da jurisprudência administrativa.

Ressalta que embora os fabricantes adotem, por exemplo, os nomes “Deo Colônia Coty Alfazema” ou “Deo Colônia Coty Lavanda” ou ainda “Deo Colônia Floral Campos Alfazema”, esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH de produtos que têm alíquota de 17%, eis que estão incluídos nas exceções da tributação a alíquota de 27% (25% + 2%), nos termos do art. 51, II, “h”, do RICMS/BA, conforme informam o demonstrativo e as notas fiscais, juntados ao processo.

Reafirma que cabe ao fornecedor, que tem orientações técnicas, classificar os produtos de acordo com o NBM, cuja classificação é formada dentro da composição e finalidade, não tendo dúvidas os fornecedores a respeito desse fato.

Assim, diante de tais considerações, sustenta o recorrente que descabe a exigência fiscal.

Reitera sua alegação de que a multa no percentual de 60% é confiscatória e sustenta que o julgador deixar que não seja aplicada a multa confiscatória não é declarar inconstitucional ou ilegal a norma, e sim questão de preservar o princípio da segurança jurídica, uma vez que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir, nem provocar dano irreparável ao patrimônio do contribuinte.

Também aduz que deixar de aplicar a taxa de juros SELIC não é declarar inconstitucional ou ilegal a norma que a instituiu, mas sim uma questão de escolher a norma válida a seguir.

Por fim, ratifica todas as razões aduzidas na impugnação e nas manifestações a informação e diligência fiscal, por trazerem em si a verdade material para o caso e requer que seja dado Provimento ao Recurso Voluntário, decretando a nulidade da infração 01, em face da inexistência de provas do alegado, o que faz por cercear o direito de defesa, levando a improcedência total do Auto de Infração (infração 1), como também, em caso de dúvida, se interprete a norma jurídica de forma mais favorável ao recorrente (art. 112 do CTN), do que protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito.

O Parecer PGE/PROFIS, à fls. 199 a 201 dos autos, é pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, visto que a autuação resultou de informações fornecidas pelo próprio contribuinte, contidas nos arquivos magnéticos, não havendo como se cogitar de qualquer nulidade do Auto de Infração por ausência de prova. Sustenta que melhor sorte não se pode ser reservada à preliminar de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, uma vez que, na autuação e nos documentos que instruem o processo restaram especificadas e demonstradas as infrações cometidas pelo contribuinte, como também por ter o recorrente exercido com plenitude seu constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa, inexistindo razão para que seja reconhecida qualquer preterição de formalidade essencial.

No mérito, aduz que já restou pacificado por este CONSEF que deo-colônias, colônias, desodorantes corporais, lavandas, seiva de alfazema e outros são espécies de gênero perfume, variando quanto a concentração da essência na composição. Porém, todos estes classificados na NBM/SH na posição 3303.00 como “PERFUMES E ÁGUAS DE COLÔNIA”.

Assim, diante desta premissa, verifica-se, *in casu*, a ocorrência de erro na aplicação de alíquotas, entendendo o contribuinte que as espécies comercializadas não estariam incluídas no gênero perfume.

Conclui que “*Não há, pois, que se cogitar de omissões ou equívocos no auto impugnado*”.

Por fim, ressalta que também merecem ser rejeitadas as irresignações do recorrente quanto à aplicação da multa de 60% e incidência da Taxa SELIC, não só em razão das prescrições legais aplicáveis à espécie, mas, também, por não caber ao CONSEF apreciar a alegação de inconstitucionalidade ou legalidade de direito posto.

Diante do expendido, entende inaplicável o princípio da dúvida ao presente feito e opina pelo improvimento recursal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, tão-somente quanto à primeira infração, único objeto do referido Recurso Voluntário.

Preliminarmente, rejeito os pedidos de nulidade argüidos pelo recorrente, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que o sujeito passivo atacou a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa.

Ademais, os demonstrativos às fls. 12 a 23 dos autos, apesar de reformados no decurso do processo, comprovam e fundamentam a acusação fiscal, sendo que à fl. 10 está consignado o recebimento por parte do autuado. Assim também não prospera sua argüição acerca do ônus da prova, mesmo porque o contribuinte, em cumprimento à diligência solicitada à fl. 99, apresenta sua relação analítica do que considera como devido (fls. 108 a 117), o que vem a corroborar que o sujeito passivo exerceu plenamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

No mérito, observo que o Recurso limita-se tão-somente a querer enquadrar “Deo Colônia Coty Alfazema”; “Deo Colônia Seiva do Campo”; “Deo Colônia Belle Nature Alfazema”; “Deo Colônia Belle Nature Lavanda”; “Deo Colônia Alfazema Suissa”; “Deo Colônia Lavanda Acalu” e “Deo Colônia Alfazema Acalu” (fls. 129 a 131), como exceção prevista no art. 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS, por entender, juntamente com os seus fornecedores (fl.132/133), que se tratam de produtos classificados nas nomenclaturas NBM/SH sob código nº 3307.20.10., logo, sujeitos à alíquota de 17%.

Reafirma que cabe ao fornecedor, que tem orientações técnicas, classificar os produtos de acordo com o NBM, cuja classificação é formada dentro da composição e finalidade, não tendo dúvidas os fornecedores a respeito desse fato.

Observo que o código 3303.00 da NBM/SH refere-se unicamente à PERFUMES E À ÁGUAS-DE-COLÔNIAS, aí inclusas as “deo colônias”. Também verifico que o código 33.07 da NBM/SH destina-se a: PREPARAÇÕES PARA BARBEAR (ANTES, DURANTE OU APÓS), DESODORANTES CORPORAIS, PREPARAÇÕES PARA BANHOS, DEPILATÓRIOS, OUTROS PRODUTOS DE PERFUMARIA OU DE TOUCADOR PREPARADOS E OUTRAS PREPARAÇÕES COSMÉTICAS, NÃO ESPECIFICADOS NEM COMPREENDIDOS EM OUTRAS POSIÇÕES; DESODORANTES DE AMBIENTES, PREPARADOS, MESMO NÃO PERFUMADOS, COM OU SEM PROPRIEDADES DESINFETANTES.

Assim, cristalina a posição dos produtos “Deo Colônia” acima na classificação 3303.00 da NBM/SH, e, como tal, sujeitos à alíquota de 25% ou 27%, a depender do exercício.

Portanto, discordo do entendimento do recorrente, pois a classificação do produto é feita por órgão competente da Receita Federal e não pelos seus fornecedores, sendo irrelevante a informação contida no documento de fl. 132 de que a classificação fiscal dos produtos “Deo Coty Wild Musk” e “Deo Coty Alfazema” são 3307.20.10, mesmo porque se tratam de produtos estranhos aos elencados às fls. 12 a 23 dos autos, objeto do Auto de Infração, os quais se referem “sempre” a “DEO COL; ÁGUA DE COLÔNIA ou COL”.

Devo ressaltar que na Decisão recorrida já foram considerados os pagamentos espontâneos efetuados pelo recorrente antes da ação fiscal, inerente a esta exigência, como também excluídos os valores consignados em duplicidade nos arquivos magnéticos apresentados pelo autuado, remanescendo a exigência de R\$ 592,00, sendo R\$ 174,10 relativa ao exercício de 2001 e R\$ 417,90, relativa ao exercício de 2002.

No tocante à consulta formulada através do Processo nº 125123/2005-3, entendo que se trata de assunto destoante do que se trata no Auto de Infração, pois este se reporta aos produtos sob código 3303.00 da NBM/SH, o qual se refere unicamente à PERFUMES E À ÁGUAS-DE-COLÔNIAS, conforme já dito anteriormente, enquanto a consulta é em relação aos produtos cujo NBM/SH é 3307.20.10, os quais não se confundem com o objeto da ação fiscal.

Por fim, quanto à aplicação da multa de 60% e da taxa de SELIC, entendo que estão de acordo com a previsão legal, não sendo este tribunal administrativo o fórum adequado para discussão sobre legalidade, mas, sim, para o cumprimento do dispositivo legal. Ademais, através do Recurso Especial nº 586039, o STJ já declarou a legalidade da aplicação da taxa SELIC em matéria tributária.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, diante das provas documentais constantes dos autos.

ESOLUÇÃO

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **140779.0004/04-4**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$592,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$292,26**, prevista no art. 42, II, “d”, §1º, da citada lei, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS