

ROCESSO - A. I. Nº 140779.0008/04-0
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0414-01/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 06/04/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0121-12/06

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Correta a Decisão da JJF que tendo sido comprovado que parte das operações sujeitas à alíquota de 25% foram tributadas a 17% a infração está parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitado o pedido de perícia e nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Inconformado com a Decisão da 1ª JJF que considerou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte através de advogado legalmente habilitado apresenta o presente Recurso Voluntário que passo a relatar:

O lançamento de ofício refere-se à exigência de ICMS e multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação e atribuiu ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações:

1. recolhimento a menor 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 demonstrativas mensais e demonstrativo consolidado, extraídas através de consultas específicas nos registros supra mencionados”*.
2. não recolhimento do ICMS sujeito a antecipação tributária no prazo regulamentar ocasionando a aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago de R\$204,40, 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”*.

Em seu voto o Sr. relator do Acórdão da 1ª Instância preliminarmente rejeitou a nulidade pretendida pelo autuado porque verificou que estavam presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, consoante artigo 18, seus incisos, alíneas e parágrafos, do RPAF/99. Verificou, 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, entendeu que a diligência solicitada pela 1ª JJF, *“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,” permitiu-lhe firmar o convencimento sobre a matéria. Registra 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 1 afirmou que “o autuado foi acusado de ter recolhido o ICMS a menor do que o devido em relação às operações de vendas de deocolônias, 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.10 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. 110 a 112, no qual indicam que resta a diferença devida de R\$855,38, tendo em vista que acatarem 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”.

Considera as exclusões relativas ao exercício de 2002 e confirma a exigência referente ao exercício de 2001, passando o valor total do débito para R\$1.174,45, conforme demonstrativos que faz constar na própria Decisão.

Quanto 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, constatou a inexistência de qualquer conflito de interpretação, conforme se observa no questionamento e respectiva resposta. Faz um resumo da 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 o artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97, que transcreveu em seu voto, a alíquota aplicável à colônia e deo-colônia é de 25% ou 27% - a depender do período – estando tais produtos classificados na NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20. Portanto, a vinculação do fisco à consulta não foi quebrada, considerando que relativamente à colônia e deo colônia, 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 que diz respeito à infração 2, houve o reconhecimento pelo autuado (fl. 79), inclusive, com o pagamento do valor exigido. Mantém a multa de R\$204,40, com a homologação do valor recolhido.

Relativamente às alegações defensivas sobre a taxa SELIC e a multa de 60% quanto à sua inconstitucionalidade, concluiu “deparo-me com um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99” e vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração e pela homologação da quantia já recolhida.

Dentro do prazo legal o contribuinte apresenta o presente Recurso Voluntário onde reproduz a Decisão da JJF para em seguida argüir preliminarmente a nulidade do lançamento.

Quanto à infração 1, renova o pedido para que se reconheça 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 deo-colônias, e ainda por falta de clareza e precisão do lançamento. 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 transcreve. 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 ter ocorrido cerceamento de defesa e do contraditório. Diz que o presente Auto de Infração não traz qualquer prova da acusação que lhe está sendo imputada e transcreve decisões proferidas pela 4ª JJF a exemplo dos Acórdãos de nºs 045/99; 0196/99 e 2027/00.

No mérito, diz 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 transcreve, e que ocorreu uma interpretação errada do fisco ao lançar notas fiscais de “lavanda, seiva de alfazema” como se fossem “colônia ou deo-colônia”.

Volta a questionar sobre a taxa SELIC afirmando que a mesma 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, como o fez na primeira instância também 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 diz 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.

Requer “que seja dado provimento ao Recurso Voluntário, decretando a total Nulidade da infração 1 em face da inexistência de provas do alegado, o que fazer por cecear a defesa, levando a improcedência total do auto, pelas razões referidas, que, por certo demonstram a fragilidade da exordial, por absoluta carência de objeto, e por todas as demais razões trazidas à colação. Requer ainda que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente”.

Após um breve relato o Sr. procurador aduz em resumo o seguinte: entende não se verificar a nulidade do auto em razão da alegada falta de prova da ilegalidade verificada pois as informações foram fornecidas pelo próprio contribuinte; não se verificou também o alegado cerceamento de defesa “uma vez que na autuação e nos documentos que instruem o processo restaram especificadas e demonstradas as infrações cometidas pelo recorrente” e tendo exercido em plenitude o contraditório e a ampla defesa. No mérito afirma que “já restou pacificado por este egrégio Conselho de Fazenda que deo-colônias, colônias, desodorantes corporais, lavandas, seiva de alfazema e outros são espécies do gênero perfume variando quanto a concentração da essência. Porém todos estão classificados na NBM/SH na posição 3303.00 como “perfumes e águas de colônia” e conclui: “verifica-se, in casu, a ocorrência de verdadeiro erro na aplicação de alíquotas, entendendo o contribuinte que as espécies comercializadas não estariam incluídas no gênero perfume. Não há, pois, que se cogitar de omissões ou equívocos no auto impugnado”. Rejeita também as “irresignações do recorrente sobre a ilegalidade e a inconstitucionalidade da multa e da taxa SELIC” Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos a matéria em discussão neste feito relaciona-se ao enquadramento das mercadorias “*lavanda, seiva de alfazema e alfazema*” no âmbito daquelas tidas como perfumes e deo-colônias. A outra infração foi reconhecida pelo contribuinte e efetuado o pagamento.

A mencionada infração 1, em nosso entender restou devidamente comprovada e, portanto, não há que falar-se em nulidade. Rejeito, portanto, acompanhando inclusive o opinativo da PGE/PROFIS, o pedido de nulidade. Há prova suficiente da acusação de ter aplicado a alíquota de 17% ao invés de 27% nas operações de venda de Deo-colônias. O lançamento é claro, preciso e contém os elementos suficientes para determinar a infração fiscal e o infrator. A prova produzida pelo fisco teve como fundamento dados fornecidos pelo próprio recorrente, inaplicável, portanto, neste caso, a jurisprudência trazida à colação. A interpretação errada do fisco foi correta.

O questionamento já feito sobre a taxa SELIC e o percentual da multa aplicada como foi posto na 1ª Instância e pelo Sr. procurador não podem ser feito por impedimento legal. Não há dúvida sobre o objeto do lançamento, a autuação é legal, existem provas suficientes, não houve cerceamento ao direito de defesa e os pagamentos efetuados foram considerados.

Entendo, pelo exposto, que o lançamento não é nulo. Reafirmamos que as informações foram fornecidas pelo próprio contribuinte, não se verificando, por consequência, o alegado cerceamento de defesa tendo o recorrente exercido em plenitude o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao mérito estamos de acordo com o Parecer da PGE/PROFIS no sentido de que este Conselho tem interpretado de que deo-colônias, colônias, desodorantes corporais, lavandas, seiva de alfazema e outros são espécies do gênero perfume, variando quanto à concentração da essência, classificados todos eles na NBM/SH na posição 3303.00 como “*perfumes e águas de colônia*”.

O recorrente efetivamente cometeu um erro na aplicação de alíquotas, pois, equivocadamente, entendeu que as espécies comercializadas não estariam incluídas no gênero perfume. Não há, pois omissões ou equívocos capazes de macular o lançamento.

Não há como aceitar as “irresignações do recorrente” sobre a ilegalidade e a inconstitucionalidade da multa e da taxa SELIC, pois a apreciação da matéria foge da alçada deste Conselho.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 140779.0008/04-0, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.174,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$204,40** prevista no art. 42, II, “d” e § 1º, da citada lei, e dos acréscimos moratórios, prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS