

PROCESSO - A. I. Nº 279127.0026/04-4
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (BOMPREGO BAHIA S/A – HIPER BOMPREGO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0384-04/05
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 14/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0292-12/06

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado que operações sujeitas à alíquota de 25% foram tributadas a 17%. Diligência saneadora efetuou correção no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Afastadas as alegações de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Modificada a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado em razão de duas irregularidades imputadas ao autuado.

É objeto do presente Recurso apenas a segunda infração, a qual exige ICMS, no valor de R\$4.891,15, em razão de recolhimento a menos do imposto por erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Na Decisão recorrida, a preliminar de nulidade suscitada na defesa foi afastada, sob o argumento de que *“as autuantes anexaram ao processo o demonstrativo e o arquivo magnético fornecido pelo autuado, os quais demonstram claramente a infração, relacionando os números dos cupons fiscais, mercadorias, alíquotas, bases de cálculo e a diferença de imposto a recolher”*. Também foram ultrapassadas as questões pertinentes à inconstitucionalidade da legislação, à aplicação da taxa SELIC e ao percentual da multa indicada no lançamento. No mérito, a infração foi julgada Procedente em Parte, no valor de R\$3.451,66, consoante diligência efetuada pelas autuantes.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração alegando que há erro na planilha de fl. 119, elaborada pelas autuantes. Diz que, na confecção da planilha, foi utilizada a base de cálculo do mês de maio/02 para o mês de junho/02, o que gerou um débito indevido nesse último mês.

Sustenta que os fatos descritos na infração 2 não foram demonstrados de forma clara. Aduz que a solicitação ao contribuinte de documentos que deveriam ser apresentados pelo fisco e a troca na classificação de produtos ensejam a nulidade do Auto de Infração. Salaria que a falta de prova do cometimento da infração prejudicou o exercício do seu direito de defesa, o que diz acarretar a nulidade do Auto de Infração. Para embasar sua alegação, transcreve jurisprudência.

Adentrando no mérito, sustenta que o fisco exige imposto em relação a produtos que não estão sujeito à alíquota de 25%, pois não se referem a água-de-colônia, colônia ou deocolônia. Acrescenta que o CONSEF vem decidindo que apenas os perfumes, águas-de-colônia e deocolônias são tributados à alíquota de 25%. Transcreve ementa de Decisão deste colegiado, para fundamentar sua tese.

Ressalta que efetuou a Consulta nº 125123/2005-3 (fls. 147 a 150), tendo sido informado que os produtos situados na posição 3307.20 da NCM se encontram sujeitos à alíquota de 17%. Menciona que a Decisão do órgão administrativo em consulta tem efeito vinculante e, portanto, é lei. Salienta que embora os fabricantes adotem nomes como “Deo Colônia Coty Alfazema”, “Deo Colônia Coty Lavanda” ou “Deo Colônia Floral Campos Alfazema”, esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH correspondentes a produtos tributados à alíquota de 17%, nos termos do art. 51, II, “h”, do RICMS-BA. Para comprovar sua alegação, acosta ao processo demonstrativo e notas fiscais, bem como cita doutrina e jurisprudência.

Alega que a multa aplicada tem o caráter de confisco, ao passo que a taxa SELIC é inaplicável no cálculo de juros moratórios. Aduz que deixar de aplicar a multa confiscatória e a taxa Selic não é declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma, mas sim preservar o princípio da segurança jurídica. Cita doutrina, para embasar suas alegações.

Solicita que, se restar alguma dúvida, a lide seja decidida de modo mais favorável ao contribuinte, nos termos do disposto no art. 112 do CTN. Pede que seja decretada a nulidade ou a improcedência da infração 2. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Ao exarar o Parecer de fls. 184 e 185, a representante da PGE/PROFIS sugere que seja realizada diligência, para o atendimento das seguintes solicitações:

- 1º) seja intimado o recorrente a apresentar as notas fiscais relativas às operações relacionadas na segunda infração;
- 2º) seja informada qual a codificação NBM/SH dos produtos em relação aos quais está sendo cobrada a diferença entre as alíquotas de 17% e 25%;
- 3º) sejam excluídos da autuação os produtos de NBM/SH 3303, 3301, 3302, 3307.10.00, 3307.20.0100, 3307.30.00, 3307.4, 3307.90.00, 3304 e 3305, uma vez que nos termos do art. 51, II, “h”, do RICMS-BA, a eles aplica-se a alíquota de 17%.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª CJF acatado a sugestão da PGE/PROFIS.

A diligência foi atendida, conforme Parecer ASTEC Nº 0052/2006 (fls. 195 a 197). Nesse Parecer, afirma o preposto da ASTEC que o recorrente, apesar de regularmente intimado, não apresentou a documentação referente ao exercício de 2001 e, portanto, para esse exercício, foram mantidos inalterados os valores originalmente apurados no Auto de Infração.

Quanto ao exercício de 2002, o Parecerista elaborou cinco planilhas. Na Planilha 01 (fls. 202 a 205), foram relacionadas às mercadorias tributáveis à alíquota de 17%, cuja exclusão reduz a exigência fiscal em R\$1.388,98. Na Planilha 02 (fls. 206 a 211), foram elencados os produtos lançados em duplicidade na planilha original, o que reduz a infração em R\$1.629,97. Na Planilha 03 (fls. 212 a 217), foram listados os valores que já tinham sido recolhidos conforme os DAEs acostados às fls. 80 a 85, cuja exclusão reduz o débito em R\$1.022,99. Na Planilha 04 (fls. 218 e 219), foram demonstrados os produtos e os respectivos valores excluídos da autuação, remanescendo no exercício de 2002 o valor de R\$2,79. Na Planilha 05 (fl. 220), foi efetuada a correção do valor da base de cálculo referente aos meses de maio e junho de 2002. Ao concluir, o Parecerista da ASTEC elaborou à fl. 197 um novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração, no valor total de R\$1.312,89, incluindo as infrações 1 e 2.

Notificados acerca do resultado da diligência, o recorrente e as autuantes não se pronunciaram.

Ao exarar o Parecer de fl. 230, a ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que seja reduzido o valor cobrado no Auto de Infração para R\$1.312,89, conforme o demonstrativo de débito à fl. 197.

Conforme despacho à fl. 231, o Parecer acima foi ratificado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, procurador do estado.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, pois o equívoco existente na planilha de fl. 119, elaborada pelas autuantes, foi corrigido mediante diligência determinada por esta 2ª CJF. Saliento que o recorrente recebeu cópia do resultado da diligência e teve o prazo regulamentar para se pronunciar sobre a correção efetuada, contudo, ficou-se silente.

Quanto à descrição do fato imputado ao recorrente, observo que o ilícito fiscal foi descrito de forma satisfatória, os dispositivos dados como infringidos estão corretos e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que facilitam o entendimento da acusação. Assim, considero que não houve qualquer cerceamento de defesa.

No que tange à intimação para que o recorrente apresentasse planilha, observo que esse fato decorreu de alegações recursais que não estavam acompanhadas das devidas comprovações, o que ensejou a realização de diligência para que o contribuinte apresentasse as suas provas. Desse modo, não houve cerceamento de defesa e nem qualquer outra razão para a nulidade do lançamento, como pleiteia o recorrente.

Quanto à multa indicada no lançamento, saliento que ela é a prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, para a infração imputada ao recorrente, não havendo o alegado caráter de confisco.

Relativamente à utilização da taxa Selic na determinação dos juros de mora, ressalto que tal procedimento está previsto no art. 105 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), com a redação dada pela Lei nº 7.753/00.

No que tange à arguição de ilegalidade, a mesma não restou comprovada nos autos. Já quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, foi correto o posicionamento da 4ª JJF, uma vez que, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador apreciar tal matéria.

Adentrando no mérito da lide, constato que o recorrente alega que diversos produtos tributados à alíquota de 17% foram indevidamente incluídos no lançamento que apurou a irregularidade fiscal em tela. Para embasar sua alegação, diz que efetuou consulta à SEFAZ, bem como acostou diversos documentos ao processo.

Visando buscar a verdade material dos fatos, o processo foi convertido em diligência à ASTEC.

Nessa diligência, o auditor fiscal da ASTEC refez a auditoria fiscal relativamente à infração 2, fazendo os ajustes referentes às mercadorias tributadas à alíquota de 17%, aos valores lançados em duplicidade, aos recolhimentos efetuados mediante DAEs e à correção da base de cálculo dos meses de maio e julho de 2002.

Acato o resultado da diligência efetuada pela ASTEC, pois está em consonância com o disposto no art. 51, II, “h”, do RICMS-BA, que prevê que os produtos referentes à posição NBM/SH 3307.20.10 são tributados à alíquota de 17%. Em consonância com esse dispositivo regulamentar, a DITRI em resposta a consulta formulada pelo recorrente reitera que os produtos da citada posição são tributados à alíquota de 17%, conforme documento acostado às fls. 147 a 150.

Também acolho as correções efetuadas pelo auditor fiscal da ASTEC relativamente aos valores arrolados em duplicidade, aos recolhimentos efetuados por meio de DAEs e ao erro na apuração da base de cálculo nos meses de maio e julho de 2002.

Ressalto que as autuantes e o recorrente foram notificados acerca do resultado da diligência, porém não se pronunciaram. Interpreto esse silêncio como um acolhimento tácito dos valores apurados pelo preposto da ASTEC.

Em face do acima comentado, considero que a infração objeto do Recurso Voluntário está parcialmente caracterizada, no valor de R\$849,21, consoante o resultado da diligência.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e retificar o valor devido na infração 2, julgando o Auto de Infração procedente em parte no valor total de R\$ 1.312,98, conforme demonstrativo de débito à fl. 197.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0026/04-4, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (BOMPREGO BAHIA S/A – HIPER BOMPREGO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$849,21**, 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\$463,68**, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada lei, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

TOSLTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS