

A. I. N° - 279127.0023/04-5
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S/A.
AUTUANTE - SHEILLA MEIRELLES DE MEIRELLES e KÁTIA DACACH MACHADO FRAGUAS
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 13/03/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0054-05/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA. Infração confessada pelo sujeito passivo. 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. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado, em 30/12/2004, para exigir o ICMS no valor de R\$1.803,25 acrescido da multa de 60%, mais a multa no valor de R\$259,42, em decorrência de:

1. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente (fevereiro de 2003) – R\$259,42;
2. Recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Infração apurada através roteiro de auditoria em ECF, constantes dos registros fornecidos pela empresa nos arquivos magnéticos, cujos campos informam: o código do produto, descrição da mercadoria, alíquota aplicável, base de cálculo e o ICMS devido na operação (fevereiro a dezembro de 2001 e 2002) – R\$1.803,25.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou defesa ao Auto de Infração (fls. 31/40). Identificando-se como empresa que atua no ramo de supermercados, confessou o cometimento da infração apontada no item 1 do auto. Informou que efetuou o pagamento do débito, conforme DAE anexado ao processo (fl. 79).

Contestou o item 2 da autuação, apresentando, em preliminar, duas razões que levariam o procedimento fiscal à nulidade. Na primeira, disse que a administração tributária não pode exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, uma vez que o processo administrativo é regido pela verdade material dos fatos. Neste sentido trouxe aos autos posicionamento de Luiz Henrique Barros de Arruda, Paulo Celso B. Bonilha, Ives Gandra da Silva Martins, além de decisões de tribunais pátrios, deste Colegiado, art. 333, I, do CPC e art. 142, do CTN. Dissertando sobre o assunto, afirmou que as autuantes lhe imputaram uma irregularidade sem produzir prova, não sendo clara e precisa. Apenas se limitaram em alegar que a empresa havia recolhido a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota na comercialização de deo-colônias. Entretanto, como havia recolhido esta diferença, conforme documentos que colacionou ao processo, afirmou que o Auto de Infração era nulo com base no art. 18, IV, “a”, e art. 39, III, do Decreto nº 7.629/99.

Como segunda preliminar à nulidade da ação fiscal, trazendo no seu bojo ensinamentos do Prof. Hely Lopes Meirelles, disse ter havido cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado sem provas, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais. Teceu considerações sobre a ilegalidade do cerceamento ao direito de defesa, fundamentando seu entendimento no art. 5º, LV da CF/88, em decisões deste Colegiado e determinações do processo administrativo do Estado do Ceará.

No mérito, afirmou descaber o lançamento fiscal, pois já havia recolhido o imposto cobrado. Mais uma vez, ressaltou que não estava demonstrada e nem explicada a motivação da exigência fiscal. E, por outro lado, a fiscalização estadual havia exigido a diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, II, "h", do RICMS, uma vez que não se referiam à águas-de-colônia, colônia e deocolônia, como por exemplo, a lavanda, a alfazema, etc. Ou seja, o fisco interpretou, indevidamente, de maneira extensiva o que diz a norma ao lançar notas fiscais referentes à lavanda, seiva de alfazema como se fosse colônia ou deocolônia.

Contestou a aplicabilidade da taxa Selic como juros de mora. Sobre o assunto apresentou, de maneira extensiva, seu entendimento trazendo as determinações do § 1º, do art. 161 do CTN e a inconstitucionalidade da aplicação da referida taxa nas relações tributárias, que havia sido criada para remunerar o capital dos aplicadores e jamais para ser aplicada na área tributária. Neste momento, transcreveu decisões de tribunais. Em sendo assim e no mérito, era improcedente o lançamento fiscal.

Insurgiu-se, de igual forma, contra os percentuais de multa de 60% e 70% aplicados, afirmando que os Tribunais já têm sedimentado o entendimento de que a multa moratória não deve ultrapassar o percentual de 20%, sob pena de ferir o princípio do não confisco. Ressaltou a possibilidade de ir até o Judiciário, em sede de Embargos à Execução, para reduzi-la. Por este motivo, requereu a improcedência da autuação. E, caso dúvidas existissem quanto à interpretação da lei, disse que o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que, na situação, a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Por fim, requereu a nulidade ou a improcedência do lançamento fiscal e protestou, ainda, por juntada posterior de provas, inclusive perícia e diligência.

Contestando todos os argumentos apresentados pelo defendente (fls. 84/86) as autuantes prestaram informação fiscal. Ressaltaram que o auto de infração foi lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado e que dados dos arquivos magnéticos, anexados aos autos (fl.12), contém todos os elementos necessários e suficientes para a composição das planilhas demonstrativas da apuração do imposto. Afirmaram que o defendente não questionou a veracidade dos números constantes nas planilhas apresentadas, elaborada a partir dos documentos fiscais pelo contribuinte fornecidos.

Entenderam que o reconhecimento e pagamento de parte do imposto reclamado, mesmo com a afirmativa de que não sabia do que estava sendo acusado não poderia ser motivo de nulidade da ação fiscal em obediência à determinação do art. 18 § 2º, do RPAF/99.

Quanto a relação de pagamentos da diferença de alíquota de deocolônias apresentadas pelo sujeito passivo, observaram que ele próprio havia efetuado alguns recolhimentos, "teoricamente" relativos a infração questionada, dando novo atestado do acerto da ação fiscal, já que apresentou esta quitação relativa ao período de janeiro a junho de 2002. Entretanto, no período restante (exercício de 2001 e de julho a dezembro de 2002) não houve a apresentação de qualquer recolhimento. Sendo assim, não poderiam considerar as peças constantes do documento apensado às fls. 78/79, uma vez que não existiam elementos que comprovassem que os recolhimentos de ICMS fossem relativos às mercadorias descritas na autuação.

Diferente do que afirmou o autuado, não houve qualquer interpretação extensiva da norma tributária e nem a inclusão de mercadorias que a norma não prescreveu, ou seja, não incluíram no levantamento fiscal lavandas, seiva-de-alfazema ou assemelhados.

Entendendo inoportuna a discussão sobre a taxa Selic e a multa aplicada, requereram a procedência total do Auto de Infração.

Os autos foram baixados em diligência à ASTEC/CONSEF para que fossem averiguadas as seguintes questões (fl. 93):

1. se, das mercadorias autuadas, existia, de fato, alguma não incluída no art. 51, II, do RICMS/97.
2. Quais as mercadorias que compunham os kits autuados e se neles existiam mercadorias com alíquota de 17%.
3. Verificasse se dos recolhimentos apresentados pelo contribuinte deles faziam parte mercadorias objeto da autuação.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0127/2005, diligente fiscal, após analisar e averiguar *in loco* as questões postas prestou as seguintes informações (fls. 96/98):

1. das mercadorias autuadas, existiam algumas que não se encontravam elencadas no art. 51, II, do RICMS/97, ou seja, Deo Colônia Seiva do Campo – Alfazema 120 e 500 ml, Deo Colônia Alfazema, Seiva de Alfazema e Lavanda. Foram excluídas do levantamento fiscal.
2. as mercadorias dos kits eram mini embalagens de colônias de 15ml em diversas fragrâncias;
3. dos recolhimentos efetuados pelo autuado, constatou que neles estavam incluídas mercadorias objeto da autuação, conforme relacionado pelo impugnante às fls. 99/109 dos autos. Neste sentido, abateu do imposto devido e indicado no levantamento fiscal após revisão (fls. 110/117) tais recolhimentos.

Após estes procedimentos, apresentou novo demonstrativo de débito relativo à infração 2.

Chamados para tomar conhecimento da revisão fiscal, as autuantes apenas tomaram ciência da diligência solicitada (fl. 119). O autuado manifestou-se (fls. 124/126) trazendo, novamente, como preliminar de nulidade do item 2 a ausência de provas e cerceamento de defesa.

No mérito, afirmou não existir recolhimento a menos do ICMS, uma vez que os valores remanescentes e indicados na revisão eram valores lançados em duplicidade, conforme se observava através do código do produto, que apresentavam as mesmas quantidades e valores. Imputou o erro a problemas nos arquivos magnéticos que disse já solucionado. E, quanto ao mês de dezembro de 2002, foi incluída a mercadoria “Kit Natal Coty Alfazema” que não se encontra enquadrada nas exceções do art. 51, II, “h”, do RICMS/97.

Ratificando suas impugnações anteriores, requereu novas juntadas de provas, diligências, perícias e a nulidade ou improcedência do lançamento fiscal.

Este Colegiado encaminhou os autos à IFEP/Metro (fl. 130) para novo conhecimento das partes da diligência efetuada. O autuado juntou uma petição solicitando a suspensão da exigibilidade do crédito tributária realizada pela Carteira de Cobrança desta Secretaria de Fazenda com base nas disposições do art. 151, III, do CTN. Juntou a esta petição sua última manifestação bem como o Parecer da ASTEC/CONSEF (fls. 132/141). As autuantes foram chamadas para tomar conhecimento da manifestação do impugnante, mas não teceram qualquer comentário (fl. 142).

VOTO

Rejeito as arguições de nulidade apresentadas pelo defendente relativa à infração 2 por ausência de provas e cerceamento de defesa, pois, diante das determinações do Dec. nº 7.629/99 (RPAF) não

posso lhes dar sustentação. Em primeiro lugar, a acusação está clara, documentada e baseada na norma tributária vigente. O trabalho fiscal seguiu os roteiros de fiscalização emanados desta Secretaria da Fazenda. Todos os levantamentos elaborados foram fornecidos ao contribuinte e estão pautados nos registros feitos pelo próprio autuado através dos arquivos magnéticos entregues a esta SEFAZ, que devem espelhar a realidade dos livros e documentos fiscais. Tanto que o autuado se defendeu corretamente, apresentando contra provas que determinaram a revisão do lançamento fiscal. Em segundo lugar, havendo equívocos na autuação, eles devem ser sanados pela autoridade competente, conforme determinações do art. 18, § 1º, do RPAF/99. Estes procedimentos foram realizados, os prazos foram cumpridos e o sujeito passivo amplamente se manifestou.

Não acato a solicitação de perícia ou diligência fiscal requerida pelo impugnante em sua última manifestação, pois desnecessária para a elucidação dos fatos já esclarecidos.

Superada a questão de nulidade da ação fiscal, passo a examinar o mérito das acusações.

A infração 1 exige multa percentual sobre o imposto, devido por substituição tributária, que deveria ter sido recolhido antecipadamente, porém somente oferecido à tributação quando das vendas das mercadorias. O autuado confessou a irregularidade. Não havendo lide a ser decidida, mantenho o valor de R\$259,42, devido por descumprimento de obrigação estabelecida na norma tributária.

A infração 2 trata do recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A irregularidade foi apurada através roteiro de auditoria em ECF, cujos dados foram informados pela empresa autuada e constante dos registros dos arquivos magnéticos, onde foram informados: o código do produto, descrição da mercadoria, alíquota aplicável, base de cálculo e o ICMS devido na operação, no período de janeiro a dezembro de 2001 e 2002. As mercadorias foram perfumes.

A norma tributária deste Estado, através da Lei nº 7.014/96, determinava á época dos fatos geradores:

***Art. 15.** As alíquotas do ICMS são as seguintes:*

I - 17% (dezessete por cento):

[...]

***Art. 16.** 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 deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;

O RICMS/97, regulamentando as determinações da Lei nº 7.014/96, abordou com maiores detalhes os produtos (art. 51, II, "h"), indicando a NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 para perfumes, águas-de-colônia e deocolônias.

Diante da norma tributária vigente, sobre as deocolônias deve se aplicada a alíquota de 25% e 17% sobre seiva-de-alfazema e lavanda.

Com a impugnação ao lançamento e da análise das peças processuais, três questões foram levantadas:

Na primeira, o autuado indicou que havia sido aplicada a alíquota de 25% sobre lavandas e seiva-de-alfazema. Sendo pertinente o argumento defensivo, os autos foram baixados em diligência á fiscal estranho ao feito. Todas estas mercadorias foram excluídas do levantamento fiscal. Inclusive não houve mais contestação do impugnante a respeito deste assunto quando de sua última manifestação.

Na segunda, que não havia sido levado em consideração todos os recolhimentos da diferença entre as alíquotas, efetuados posteriormente, porém antes da ação fiscal. O sujeito passivo apresentou documentos (fls. 67/80), relativos ao exercício de 2002, que foram analisados pelo diligente fiscal. Desta revisão somente remanesceu imposto a ser cobrado para os meses de abril, maio, novembro e dezembro do citado exercício. Não houve a apresentação de qualquer contra prova para elidir a cobrança relativa ao exercício de 2001.

Como terceira, existia um problema com os kit, que poderiam ser compostos por produtos outros que não os perfumes e águas-de-colônia. Esta situação, de igual forma, foi sanada pelo revisor fiscal.

Após todas as revisões, o autuado reportando-se exclusivamente ao débito remanescente do exercício de 2002, já que não houve, como dito, qualquer apresentação de provas contrárias relativas ao ano de 2001. Afirmou que esta diferença se referia a duplicidade de lançamento, problema existente nos arquivos magnéticos, inclusive, sido já sanado. Este é argumento que não pode ser sustentado. Se códigos dos produtos nestes arquivos apresentavam as mesmas quantidades e valores, necessariamente o fato não indica duplicidade de aquisições, ou mesmo de vendas. Para desconstituí-la seria necessária a produção de provas. Não sendo feita, inconsistente é o argumento.

Além desta questão, apontou que mesmo na diligência continuava a ser exigida a alíquota de 25% sobre a mercadoria “Kit Natal Coty Alfazema” no mês de dezembro de 2002. Neste caso, tratando-se de alfazema, excluo do levantamento elaborado pelo diligente fiscal o valor R\$1,84 do referido mês.

Após todas as revisões, o autuado reportando-se exclusivamente ao débito remanescente do exercício de 2002, já que não houve, como dito, qualquer apresentação de provas contrárias relativas ao ano de 2001. Afirmou que esta diferença se referia a duplicidade de lançamento, problema existente nos arquivos magnéticos, inclusive, sido já sanado. Este é argumento que não pode ser sustentado. Se códigos dos produtos nestes arquivos apresentavam as mesmas quantidades e valores, necessariamente o fato não indica duplicidade de aquisições, ou mesmo de vendas. Para desconstituí-la seria necessária a produção de provas. Não sendo feita, inconsistente é o argumento.

Por fim, em relação a multa aplicada, informo que ela consta prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 não existindo, no caso, dúvidas ou mesmo haver interpretação benéfica da lei, com base no art. 112 do CTN.

Pelo exposto, voto pela procedência em parte do Auto de Infração para exigir a multa no valor de R\$259,42, mais o ICMS no valor de R\$285,31 conforme apresentado pelo revisor fiscal e abaixo indicado, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 2

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS	MULTA (%)
10	28/02/2001	09/03/2001	12,52	60
10	31/03/2001	09/04/2001	20,18	60
10	30/04/2001	09/05/2001	25,28	60
10	31/05/2001	09/06/2001	18,91	60

10	30/06/2001	09/07/2001	15,04	60
10	31/07/2001	09/08/2001	17,53	60
10	31/08/2001	09/09/2001	11,82	60
10	30/09/2001	09/10/2001	10,85	60
10	31/10/2001	09/11/2001	26,55	60
10	30/11/2001	09/12/2001	18,70	60
10	31/12/2001	09/01/2002	18,12	60
10	30/04/2002	09/05/2002	21,55	60
10	31/05/2002	09/06/2002	39,72	60
10	30/11/2002	09/12/2002	3,70	60
10	31/12/2002	09/01/2003	23,00	60
TOTAL			283,47	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0023/04-5, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$283,47**, acrescido da multa de 60%, previstas no art.42, inciso II, “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$259,42**, prevista no art. 42, § 1º, do mesmo Diploma Legal e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR