

A. I. Nº - 279463.0002/05-7
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S.A
AUTUANTES - KATIA MARIA DACACH MACHADO FRAGUAS e WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JÚNIOR
ORIGEM - SAT/DAT SUL/COFEP
INTERNET - 20/03/2006

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº. 0071-05/06

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. MERCADORIA ENQUADRADA COMO SUPÉRFILHO. Infração elidida em parte, remanescendo débito a recolher relativamente os produtos denominados “deo-colônia”. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTADA Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Procedimento em desacordo com a legislação. Infração nula. 4. ESCRITURAÇÃO INDEVIDA DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. MULTA. Infração mantida. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NOTA FISCAL ENDEREÇADA À CONTRIBUINTE DIVERSO. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/06/2005 reclama débito total no valor de R\$188.837,32 em razão das seguintes infrações:

I – Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consignaram os autuantes que após a execução do roteiro de verificação de alíquotas, constataram que a empresa deu saída com 17% de ICMS de produtos cujas alíquotas eram de 25% (déo-colônia), exigindo-se ICMS no montante de R\$248,40, referente aos exercícios de 2001 a 2004, mais multa de 60%;

II – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Observaram os autuantes que as notas fiscais de entrada de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, de acordo com verificação executada em confronto com o sistema CFAMT, aplicando-se MULTA no valor de R\$19.334,76;

III – Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. Anotaram os autuantes que a empresa foi intimada algumas vezes a proceder à retificação dos dados inconsistentes encontrados nos arquivos magnéticos. Foram realizadas algumas tentativas de retificação, mas a divergência nos dados informados persistiu, conforme

comprovam os relatórios anexos ao PAF. Com isso, alguns roteiros de fiscalização deixaram de ser totalmente executados. Foi aplicada a multa referente a tal infração no valor de R\$166.330,29;

IV – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada MULTA de R\$2.670,47;

V – Descumpriu obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS. Ressaltaram os autuantes que o contribuinte escriturou indevidamente notas fiscais de entrada, sem destaque de imposto, em seus livros fiscais, pertencentes a outro estabelecimento. MULTA aplicada de R\$140,00 e;

VI – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria destinada a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal. Esclareceram os autuantes que o contribuinte aproveitou indevidamente crédito fiscal destacado nas notas fiscais de entrada, de mercadorias destinadas a outros estabelecimentos, de acordo com as cópias das notas em anexo, exigindo-se imposto no montante de R\$213,40.

O autuado, tempestivamente ingressa com defesa, fls. 334 a 354, e impugna a autuação com base nos seguintes argumentos:

1. Em preliminar, aduz que o lançamento de ofício em exame carece de clareza e precisão, violando a regra do art. 18, IV, “a” e a do art. 39, III do RPAF. Acrescenta também que o auto de infração não contém elementos suficientes para caracterizar os fatos geradores da infração, os dispositivos infringidos, nem tampouco as bases de cálculo. Especificamente quanto à infração 1, observa que o Fisco não comprova a infração, posto que não demonstra que os produtos dos “Demonstrativos de Dóis Colônia” têm código NBM das mercadorias às quais se aplica a alíquota de 27%. Quanto às infrações 2 e 4, os autuantes não comprovam a entrada das mercadorias referidas nas notas fiscais objeto dessas infrações, elencadas nos “Demonstrativos de Notas Fiscais não Escrituradas – CFAMT”.

Ressalta que na infração 3 os autuantes não provam sequer a ocorrência das referidas inconsistências ou da intimação sobre essas. Na infração 5 afirma que nada foi provado, existindo apenas a menção feita pelos autuantes que uma obrigação tributária acessória foi descumprida, com aplicação de multa de R\$40,00, a qual considera além de indevida, ultrajante. Quanto à infração 6, assegura que não foram fornecidas as notas fiscais à defendant, o que inviabiliza sua defesa. Pugna pela nulidade, em face da falta de comprovação por parte do fisco, colacionando jurisprudência administrativa nesse sentido. Ressalta que a ausência dos requisitos obrigatórios do auto de infração o torna indubitavelmente nulo. Sustenta que a prova deve ser produzida pelo Fisco e não pelo contribuinte, transcrevendo doutrina dos Profs. Paulo Bonilha e Ives Gandra acerca dessa questão. Transcreve Jurisprudência do STJ e do TRF da 4^a Região quanto à necessidade da prova no lançamento tributário.

2. Cita ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre ato nulo para salientar que nas infrações 2 e 4, houve inversão do ônus da prova, cabendo a ele, autuado, entrar em contato com seus inúmeros fornecedores, a fim de obter provas negativas, de que não houve a entrada das mercadorias, contratando uma equipe de funcionários, às suas expensas, para dar conta de tal função. Anota que como não dispõe de poder de polícia, limita-se a solicitar as notas fiscais referidas nessas infrações e esperar ser atendido. Discorre sobre o princípio da ampla defesa, para afirmar que é assente na doutrina e na jurisprudência a ilegalidade do cerceamento ao direito de defesa. Transcreve ementa do Acórdão JJF nº 2027/00, bem como do art. 2º do RPAF para fundamentar o alegado. Reitera que o auto em questão não trouxe nenhuma prova de suas alegações, imputando apenas a prática hipotética de um ilícito tributário. Explica que nas infrações 2 e 4 os demonstrativos anexados não esclarecem, nem provam coisa alguma.

3. Quanto ao mérito, contesta a infração 1, esclarece que os produtos autuados consistem de Desodorantes Corporais, Lavanda, Seiva de Alfazema e produtos tributados à alíquota de 17% e não de 25%. Diz que a interpretação dos autuantes destoa do entendimento da própria SEFAZ, referindo-se a consulta de nº 125123/2005-3, feita a Administração Tributária desse estado, que concluiu serem os produtos situados nas posições NBM 3307.20.10 e 330720 da NCM tributados à alíquota de 17%. Atribui efeito vinculante a essa decisão administrativa. Ressalta que embora os fabricantes adotem os nomes de “Déo Colônia Julay Alfazema” ou “Déo Colônia Belle Nature Lavanda” ou “Déo Colônia Alfazema Suíssa” ou “Déo Colônia Seiva do Campo Alfazema” para os seus produtos, esses são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH que estão incluídas nas exceções da tributação a alíquota de 27%, nos termos do art. 51, 2 “h”, do RICMS. Solicita a improcedência dessa autuação.

4. Em relação às infrações 2 e 4, explica que a autuação foi baseada em relatório do sistema CFAMT, faltando análise cuidadosa dos documentos e livros fiscais da empresa, ou seja, os autuantes não consideraram a hipótese de que as mercadorias não foram registradas porque não entraram, de fato, no estabelecimento, em virtude do seu retorno ao remetente (fornecedor), o que inquia de nulidade o lançamento de ofício para essas infrações, pela demonstração de falta de clareza e imprecisão.

5. No tocante a infração 3, informou que não houve omissão alguma, mas sim um mero erro no preenchimento da migração dos dados da base para o programa do SINTEGRA o que, ressalta, não acarretou em prejuízo algum para o fisco. Contesta a versão que foi intimado diversas vezes para regularizar as supostas inconsistências. Protesta que a ele não foi entregue Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, violando assim o §3º do art 708-B. Insiste que o fornecimento da referida listagem é uma obrigação dos autuantes, e que após esta, teria ainda o prazo de trinta dias para corrigir o arquivo magnético, conforme § 5º do mesmo artigo. Requer a improcedência desse item.

6. Para as infrações 5 e 6, informa que não sabe quais notas o fisco considerou a escrituração ou o crédito fiscal como indevido, muito menos por que razões essas foram assim tidas. Solicita a nulidade dessas por cerceamento ao direito de defesa e ausência de provas da infração.

7. Reclama da utilização da taxa de juros SELIC como juros moratórios legais, explicando que o CTN, como lei complementar, é hierarquicamente superior à Lei Ordinária nº 9.065/95, que adotou a taxa SELIC como juros, e que aquele não admite a cobrança de juros moratórios em percentual superior a 1% ao mês. Observa que a previsão contida no art. 161,§1º do CTN (1% ao mês) deve ser entendida como limite máximo. Apresenta demonstrativo com o fim de comprovar que a aplicação da taxa SELIC consiste em aumento da carga tributária. Ressalta que a taxa SELIC não tem natureza tributária, mas sim financeira. Traz aos autos decisões do STJ contra a aplicação da referida taxa em obrigações tributárias.

8. Diz que as multas no percentual de 60% e 70% são ilegais e inconstitucionais, porquanto confiscatórias.

9. Protesta pela consideração por parte dos julgadores do princípio in dúvida pro contribuinte.

10. Finaliza pela nulidade da autuação, e vencida essa, pela improcedência das mesmas, formulando quesitos em se deferindo a diligência requerida.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 388 a 389 e mantém o Auto de Infração, rebatendo a defesa nos seguintes termos:

1. Afirmam que nas infrações 2 e 4 analisaram criteriosamente as notas fiscais, bem como o relatório do CFAMT, concluindo que todas elas não foram escrituradas, daí a cobrança de 10% de multa para as mercadorias tributadas e de 1% em relação às mercadorias não tributadas.

Lembraram que a empresa alegou a impossibilidade de entrega de seus registros contábeis, por essa ser centralizada, conforme assim alegado. Observaram que na própria defesa, a autuada reconhece o seu equívoco quanto à escrita fiscal, afirmando inclusive a existência de uma equipe de pessoas contratadas para prestar serviços em relação à retificação dos procedimentos de escrituração de entradas de mercadorias e mercadorias devolvidas. Explicam que a devolução de mercadorias está sujeita a um procedimento específico contido no RICMS e que este não foi observado pelo contribuinte.

2. Afirmam quanto à infração 1, que cobraram foi o recolhimento da diferença de alíquotas, estranhando as mesmas mercadorias terem dois tratamentos tributários diferentes (com alíquota de 17% e 25% ao mesmo tempo).

3. Em relação à infração 3, alegam que todos os arquivos magnéticos do estabelecimento encontram-se com inconsistências, várias delas que inviabilizam um melhor trabalho de fiscalização. Explicam que há mais de um ano a SEFAZ vem deferindo processos de pedidos de retificação, inclusive adiando prazos de recebimento do arquivo, com o objetivo de que a empresa conseguisse regularizar os arquivos magnéticos, o que não aconteceu até essa data. No dia 11/10/2005, a empresa, novamente, solicitou novo prazo de 30 dias para realizar diagnóstico de todas as inconsistências, inclusive uma de natureza grave, na qual milhares de produtos são nominados nos arquivos como “Item Complementar”.

4. Quanto às infrações 5 e 6, dizem tomados pela surpresa quanto às alegações de cerceamento de defesa feitas pelo autuado. Descrevem como cordial o relacionamento tido com a empresa e asseguram que todos os demonstrativos foram entregues a empresa.

Finalizam pugnando pela procedência total.

Os autos foram baixados em diligência (fls 394) por esta 5^a JJF para que se entregasse ao contribuinte cópia de cada nota fiscal colhida através do sistema CFAMT e utilizada na apuração das infrações 2 e 4. Determinou-se também a reabertura do prazo de defesa. O autuado declarou o recebimento das cópias aludidas (fls 397), interpondo nova defesa (fls 406/413) no decurso legal. Restou assim prejudicada a segunda diligência requerida às fls. 404. Em sua nova defesa, o contribuinte reiterou o apelo pela nulidade do auto de infração, por este não conter elementos suficientes para a determinação exata das infrações. Insistiu que na infração 1 o fisco não comprovou que os produtos dos demonstrativos de Déo Colônia têm código NBM das mercadorias às quais se aplica alíquota de 27%. Insistiu que na infração 2, trata-se de retorno de mercadorias, e de que não há prova da entrada de tais produtos. Repetiu na infração 3, os argumentos da defesa inicial: que não foi intimado a proceder a retificação dos aludidos arquivos magnéticos e que não recebeu a listagem com o diagnóstico de inconsistências, como assim determina o art. 708-B, §3º do RICMS. Quanto a infração 5, disse que a descrição desta inquinata sua nulidade e improcedência. No tocante a infração 6, afirmou que os autuantes não provaram a ocorrência da mesma, motivo pelo qual requer a nulidade desta. Insurgiu-se contra a adoção da SELIC como fator de correção e considerou como confiscatória os percentuais das multas aplicadas. Trouxe farta doutrina e jurisprudência com o fim de subsidiar o alegado. Concluiu pela anulação, e vencida esta, pela improcedência da autuação. Protestou pela juntada posterior de provas, solicitando também a realização de diligência.

O advogado da empresa em sustentação oral reiterou os argumentos apresentados na defesa.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado quanto a falta de clareza e precisão do lançamento de ofício em exame. Observo que o auto de infração contém elementos suficientes para caracterizar os fatos geradores da infração, os dispositivos infringidos, assim

como está demonstrada a forma de apuração das bases de cálculo nos demonstrativos anexados aos autos, não infringindo assim, inciso algum do art. 18 do RPAF. Ressalto também que foi entregue ao autuado, cópia de cada nota fiscal colhida através do sistema CFAMT e utilizada na apuração das infrações 2 e 4, bem como se reabriu o prazo de defesa, suprindo eventuais omissões. Dessa maneira, o sujeito passivo tributário, nas duas vezes em que se manifestou neste PAF, dispôs de prazo suficiente para trazer a lide as provas que alegava dispor, além de ter ciência das imputações que lhe eram feitas.

Quanto a infração 1, o contribuinte centra sua defesa na alegação de que o art. 51, II, “h” do RICMS/89 é taxativo quando dispõe que a alíquota de 25% só deve ser aplicada à mercadoria com o códigos NBM ali indicados, e de que os produtos autuados possuem nomenclatura diversa daquelas. Os autuantes disseram que estranharam o fato das mesmas mercadorias terem dois tratamentos tributários diferentes (com alíquota de 17% e 25% ao mesmo tempo) e que cobraram o recolhimento das diferenças de alíquotas. Percebo que está sendo cobrado aqui, a parte do imposto supostamente não recolhida pelo fato da operação ter sido tributada a uma alíquota menor que a constante em levantamento fiscal para esta infração.

Ressalto que este foro administrativo, através de reiteradas decisões, e após o cumprimento de diversas diligências, com o fim de apurar a natureza e a constituição de produtos como os aqui autuados, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0055-02/04, 0157-03/04, 0164-03/04, 0224-02/02, CJF 156/01 e 177/01, bem como Parecer GECOT nº 727 tem entendido que os produtos Channelle Água fresca, Phytoderm S. Azul, Coty Patchully, são em realidade déo-colônia, portanto tributáveis a 25%. Já os produtos intitulados de déo-colônia Belle Nature Alfazema 500 ml e 120 ml, Kanitz Clássico e Seiva do Campo, são produtos outros que não perfumes, como lavanda, seiva de alfazema e desodorantes antirespirantes, com tributação a 17%, conforme estipulado no dispositivo legal acima citado. Constatou também (fls 25 e 27) que os produtos Estojo Déo Alfazema 120 ml + SAB NATURE, Kit Natal Coty Alfazema e Déo Classic Lavanda + 2 SABONET, produtos estes para os quais o contribuinte não apresentou contraprova, indicam produtos outros além das referidas colônias.

Entendo que a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, ao albergar o princípio da eficiência como um dos fundamentos da administração pública, preconiza ao servidor público que avalie a relação custo versus benefício em seus atos, e atue assim, estritamente, atentando para a economia nos gastos públicos. A observação quanto a produtos outros que não o Déo-Colônia nas mercadorias autuadas poderia ser sanada através de diligência, com a exclusão dos valores supostamente impróprios. Ocorre, porém, que devido ao ínfimo valor e aos procedimentos que demandaria a fiscalização, torna-se mais recomendável à exclusão pura e simples destes dos valores levantados. Remanesce débito a recolher, para os quais elaborei demonstrativo mês a mês, pois este é o período de apuração do ICMS, referente àqueles produtos com NBM não excepcionados pelo artigo supra citado, conforme se vê abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico	Valor em Reall
30/04/2001	09/05/2001	69,41	17	60	11,80	11,80
30/05/2002	09/06/2002	18,41	17	60	3,13	3,13
30/06/2002	09/07/2002	79,00	17	60	13,43	13,43
30/08/2003	09/09/2003	33,35	17	60	5,67	5,67
						Total 34,03

No que se refere à infração 2 e 4, que tem por base notas fiscais não escrituradas, por isto a exigência de 10% de multa para as mercadorias tributadas e de 1% em relação às não tributadas, a autuada argumentou que os autuantes não comprovaram a entrada das mercadorias referidas nas notas fiscais objeto dessas infrações, elencadas nos “Demonstrativos de Notas Fiscais não Escrituradas – CFAMT”. Alegaram também que os autuantes não consideraram a hipótese de que

as mercadorias não foram registradas porque não entraram, de fato, no estabelecimento, em virtude do seu retorno ao remetente (fornecedor). Ressalto que este CONSEF através de reiteradas decisões, tem se manifestado pela aceitação das notas fiscais colhidas pelo CFMAT como meio hábil de prova para infrações como esta. Cabe salientar que quando o fato se torna controverso, como o ora examinado, é dever do autuado apresentar as provas que dispõe, sob pena de em não assim fazendo, o fato ser reputado como verdadeiro conforme art 123, §5º do RPAF. Dessa forma, mantendo as infrações 2 e 4.

Quanto a infração 3, o sujeito passivo tributário afirmou que a ele não foi entregue Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, violando assim o §3º do art 708-B. Os autuantes acrescentaram que todos os arquivos magnéticos do contribuinte eram inconsistentes, apresentando como uma das provas, correspondência desta empresa a Inspetoria de Fiscalização de Empresas de Grande Porte, após a autuação, solicitando prazo maior para levantar de forma mais profunda as razões que induzem a ocorrência de erros do SINTEGRA. Entendo em que pesa a respeitabilidade dos autuantes, que a entrega da listagem diagnóstico é um pressuposto para configurar a infração. A ausência desta macula o procedimento, tornando-o nulo, conforme art 18, IV, “a” do RPAF, razão pela qual o desconstituto.

Para as infrações 5 e 6, a autuada sustentou que não sabe quais notas o fisco considerou a escrituração ou o crédito fiscal como indevido, muito menos por que razões essas foram assim tidas. Ao compulsar este PAF, observei que as infrações 5 e 6 constam do demonstrativo fiscal de fls. 28. Além disto, o contribuinte nomeou a exigência 5 como ilegítima e uma afronta ao sistema jurídico vigente. Esclareço que o fato está tipificado, a situação descrita na autuação, não havendo afronta ao direito. Razão pela qual mantendo as duas infrações.

No tocante as parcela inerente à multa de ofício, ressalto que a Bahia possui legislação própria quanto aos processos administrativos fiscais, a qual decorre de competência legislativa ativa concedida ao estado pela própria Constituição (art. 24, da CF). Assim, a competência da União em direito tributário, limita-se a estabelecer normas gerais (sendo o Código Tributário Nacional a maior prova disto). A multa aplicada tem a sua cobrança autorizada por lei, de nº 7014/96, e não cabe a este foro administrativo excluir a sua incidência.

Quanto à solicitação de dispensa da cobrança pela mora, informo que eles não são constituídos pelos autuantes. Os próprios sistemas corporativos da Secretaria, através de rotina própria, calculam estes valores. Decorrem assim de dispositivo legal, conforme art. 51 da lei 7014/96 e art. 102 do COTEB, tendo como atualização a taxa SELIC. Ressalto que a Lei nº 9.250/95 dispõe, nos termos da autorização do art. 61 do CTN, que essa será o instrumento para aplicação dos juros de mora, cuja questão já foi por demais discutida nos Tribunais Superiores que reiteradamente têm prolatado decisões admitindo a legalidade e constitucionalidade da sua aplicação. Afasto por força do quanto acima mencionado a alegação referente à exclusão dos encargos pela mora.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigir imposto no valor de R\$247,43 e multa no importe de R\$22.045,23.

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 279463.0002/05-7, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$247,43**, acrescido das multas de 60%, previstas nos art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$22.045,23**, previstas no art. 42, XIII-A, “f” e II, “a” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR