

A. I. Nº - 279127.0025/04-8
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S/A
AUTUANTES - SHEILLA MEIRELLES DE MEIRELES e KATIA MARIA D. MACHADO FRAGUAS
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO
INTERNET - 06.04.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-01/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado que parte das operações sujeitas à alíquota de 25% foram tributadas a 17%. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitados os pedidos de perícia e nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/04, exige ICMS e multa percentual sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação, atribuindo ao contribuinte o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – Multa percentual sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, 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 mês de fevereiro de 2003. Consta que , conforme planilha demonstrativa de estoques enviada pela empresa, com posição em 28/02/2003, anexa ao PAF. Total da Infração: R\$213,58.

02 – Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a novembro de 2001 e fevereiro a novembro de 2002. Consta que a infração foi apurada através roteiro de auditoria em ECF, no referido período, constantes dos registros fornecidos pela empresa, cujos campos informam: o código do produto, descrição da mercadoria, alíquota aplicável, base de cálculo e o ICMS devido na operação. As planilhas demonstrativas compõem este PAF – Anexo III. Total da Infração: R\$2.391,97.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (32/41) através de advogado devidamente habilitado, na qual alega que foi surpreendido com a autuação e diz que reconheceu e pagou o débito relativo à infração 01.

No que concerne à infração 02, requer a sua nulidade, sustentado 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. Cita e transcreve o entendimento do professor Luiz Henrique Barros de Arruda em relação à prova material no processo administrativo.

Esclarece que estas diferenças já tinham sido pagas, conforme documentos que ora anexa ao processo e 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 e 18.5251-1-RS.

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 do Acórdão de nº 045/99; 0196/99 e 2027/00.

Transcreve o art. 53 do Decreto nº 25.468/99, do Estado do Ceará, que trata de nulidade e cita o art. 148 do CTN.

No mérito, diz que inexiste 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”.

Questiona que a taxa SELIC 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. Afirma que o art. 161, §1º do CTN limita em 1% o percentual de juros por atraso.

Alega que a multa de 60% 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 sustenta 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.

Conclui, requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo, com a aplicação da prevalência benigna. Protesta e requer a juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive diligência e perícia, pedindo ainda a homologação do pagamento da infração 01.

Na informação fiscal apresentada (fls.87/89), as autuantes inicialmente discorrem sobre as alegações defensivas e dizem que quanto ao pedido de nulidade, que a fiscalização foi desenvolvida a partir dos livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado e em nenhum momento culminou em procedimento que implicasse em preterição de direito de defesa. Assim, aduzem que a infração está descrita com os elementos e fundamentação legal, tanto que o autuado recolheu parte do imposto reclamado.

Afirmam que no seu levantamento fiscal não incluíram os produtos “LAVANDAS, SEIVA DE ALFAZEMA ou assemelhados”, conforme demonstrativos às fls. 16 a 28 dos autos.

Asseveram que o autuado efetuou recolhimentos relativos ao período de janeiro a junho de 2002, sendo que, no período restante relativo ao exercício de 2001, e de julho a dezembro de 2002, não efetuou o devido recolhimento nem explicou o motivo de não ter recolhido.

No respeitante à aplicação da taxa SELIC e a natureza confiscatória da MULTA, dizem que não lhes compete discorrer sobre as suas inconstitucionalidades.

Distribuído o PAF para o então Relator, Marcelo Mattedi e Silva, este submeteu à 1ª JJF, a proposta de realização de diligência, que foi acatada em Pauta Suplementar, tendo sido solicitado que: as autuantes intimassem o autuado a apresentar planilha analítica demonstrativa detalhando mensalmente 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. Foi solicitado, ainda, que caso o autuado atendesse a intimação, as autuantes deveriam conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado, cotejando-o com os seus levantamentos, e, havendo alteração dos valores devidos, que fosse elaborado novo demonstrativo de débito, observando o disposto no art. 16-A, da Lei 7.014/96. Determinou-se também que após, a repartição fazendária deveria entregar, mediante recibo específico, cópia dos documentos que foram anexados ao processo, concedendo o prazo de 10 (dez) dias, para que o autuado se manifestasse, em querendo. Caso houvesse manifestação do autuado, que deveria ser dada ciência as autuantes, para que elaborassem nova informação fiscal.

Intimado o autuado para atender as solicitações contidas na diligência acima reportada, este apresenta relação dos produtos e planilha referente ao período de janeiro a junho de 2002 (fls.101/112).

As autuantes considerando a relação dos produtos e planilhas apresentadas pelo autuado, fazem nova planilha e solicitam à Coordenação de Cobrança, que intime o contribuinte no intuito de receber cópia destas e da diligência solicitada, dando-lhe 10 dias para se manifestar nos autos, querendo.

Intimado o contribuinte (fl.116), este se manifesta, afirmando que mantém todos os termos e documentos acostados à defesa e reforça a nulidade da infração, dizendo que a fiscalização deixou de observar que houve pagamento da diferença de alíquota de 17% para 27% dos produtos cuja alíquota é de 25% mais 2%, conforme documentos de recolhimento constante nos autos do processo e reconhecido pela própria Fazenda.

No mérito sustenta que descabe a exigência fiscal por dois motivos. Primeiro porque houve o recolhimento do imposto relativamente aos produtos sujeitos à alíquota de 27% (25% + 2%), a diferença de alíquota foi devidamente recolhida, antes da autuação, como foi reconhecido na diligência.

Segundo porque o fisco exige diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97, 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.

Afirma, ainda, que realizou consulta a SEFAZ/BA, através do processo nº 125123/2005-3, tendo obtido resposta que os produtos cuja NBM/SH é 3307.20.10, estão sujeitos a alíquota de 17%.

Sustenta que a decisão do órgão administrativo em consulta tem efeito vinculante, é lei, citando e transcrevendo ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, Geraldo Ataliba, para corroborar o seu entendimento.

Prosegue, ressaltando que embora os fabricantes adotem, por exemplo, os nomes “Deo Colônia Julay Alfazema” ou Deo Colônia Belle Nature Lavanda”, esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como 3307.20.10, produtos que têm alíquota de 17%, eis que estão incluídos nas exceções a tributação a alíquota de 27% (25% + 2%) nos termos do artigo 51, II, “h” do RICMS/97.

Salienta que as nomenclaturas são definidas pelos fornecedores em suas notas fiscais, pois cabe ao fornecedor, que tem orientações técnicas, classificar os produtos de acordo com as NBM.

Finaliza, ratificando o pedido de nulidade do auto de infração ou de sua improcedência. Protesta e requer por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive, preliminarmente, perícia e diligência.

VOTO

Preliminarmente, rejeito a nulidade argüida pelo autuado porque verifico presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, cuja lavratura se deu com a observância do artigo 39, seus incisos, alíneas e parágrafos, do RPAF/99, não ocorrendo qualquer situação que determine a nulidade do lançamento, consoante artigo 18, inciso IV, "a" e "b", do mesmo Diploma regulamentar. Verifico, 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 diligências e perícias requeridas, entendo que a diligência solicitada por esta 1ª JJF, para que as 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 das autuantes acatando a planilha fornecida pelo autuado, trouxe os esclarecimentos quanto à exigência fiscal, permitindo-me formar o meu convencimento sobre a matéria.

Vale registrar que os demonstrativos apresentados pelas autuantes foram elaborados com base nos arquivos, livros e documentos fiscais fornecidos 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 01, houve o reconhecimento pelo autuado, inclusive, com o pagamento do valor exigido. Assim, fica mantida a multa de R\$213,58, com a homologação do valor recolhido.

No respeitante à infração 02, o autuado foi acusado de ter recolhido o ICMS a menos do que o devido em relação às operações de vendas de deo colônias, que segundo as autuantes foram tributadas com a alíquota de 17% ao invés de 25% no exercício de 2001 e 27% no exercício de 2002.

Verifico que a diligência solicitada por esta 1ª JJF foi bastante esclarecedora, considerando que as autuantes ao tomarem conhecimento da planilha trazida aos autos pelo autuado, apresentaram um novo demonstrativo (fl.114) no qual acataram os pagamentos efetuados, abatendo-os da exigência.

Assim, considerando as exclusões relativas ao exercício de 2002 e a confirmação da exigência referente ao exercício de 2001, o valor do ICMS exigido referente à infração 02, passa de R\$2.391,97 para R\$1.703,22, conforme demonstrativo abaixo:

MÊS - ANO 2001	VALOR R\$
Janeiro	23,77
Fevereiro	16,57
Março	19,85
Abril	26,84
Maio	20,76
Junho	27,37
Julho	19,09
Agosto	24,33
Setembro	20,48
Outubro	19,66
Novembro	29,67
TOTAL	248,39

MÊS - ANO 2002	VALOR R\$
Fevereiro	47,29
Março	0,00
Abril	198,79
Maio	278,73
Junho	0,00
Julho	158,83
Agosto	231,05
Setembro	175,06
Outubro	172,67
Novembro	192,41
TOTAL	1.454,83

Relativamente à alegação do autuado de que a autuação destoa do entendimento da própria SEFAZ/BA, considerando a existência de Consulta formulada através do Processo nº 125123/2005-3, constato a inexistência de qualquer conflito de interpretação, conforme se observa no questionamento e respectiva resposta.

Na referida 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 se pode ver no artigo 51, inciso II, alínea "h", do RICMS/97, que abaixo transcrevo, a alíquota aplicável a 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.

"Art. 51. 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:

I – (...)

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deo colônia - NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 -, exceto: lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303), óleos essenciais (NBM/SH 3301), substâncias odoríferas e suas preparações (NBM/SH 3302), preparações para barbear (NBM/SH 3307.10.00), desodorantes corporais simples e antiperspirantes (NBM/SH 3307.20.0100), sais perfumados para banhos (NBM/SH 3307.30.00), preparações para perfumar ou desodorizar ambientes (NBM/SH 3307.4), sachês, depilatórios e papéis perfumados (NBM/SH 3307.90.00), produtos de beleza, cosméticos e artigos de maquilagem, inclusive bronzeadores, anti-solares e produtos para manicuros e pedicuros (NBM/SH 3304), xampus, laquês e outras preparações capilares (NBM/SH 3305);".

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 vénia” 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.

Relativamente à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, registro que a sua utilização está prevista no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual de nº 3.956/81 (COTEB). Entretanto, quanto à sua inconstitucionalidade, deparo-me com um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99.

Da mesma forma, quanto à alegação de que a multa aplicada de 60% é confiscatória e inconstitucional, registro que existe previsão legal para sua aplicação que é o art. 42, II, “a” e “d” e seu § 1º da Lei nº 7.014/96. No que concerne à inconstitucionalidade, conforme disse acima, existe um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279127.0025/04-8, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.703,22**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42 inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96 além da multa no valor de **R\$213,58**, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada Lei, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA -JULGADOR