

**A. I. N°** - 276473.0602/07-0  
**AUTUADO** - VSD COMERCIAL S.A.  
**AUTUANTE** - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 07/05/2008

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0106-03/08

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. REDUÇÃO EFETUADA A MAIS. Nas operações internas com aparelhos celulares e com Sim Card, a base de cálculo deve ser reduzida em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), e não a 7%, conforme realizado pelo sujeito passivo. Infração caracterizada. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferenças constatadas no cotejo entre o valor do imposto recolhido, e o montante declarado no documento de informação econômico-fiscal e escriturado no livro de apuração. Infrações caracterizadas. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Rejeitada a preliminar de nulidade argüida. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/06/2007, exige ICMS no valor total de R\$17.461,23, acrescido das multas de 50% e de 60%, e aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, em razão de quatro infrações:

Infração 01. Recolhimento a menos do ICMS decorrente de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Exercício de 2005 – meses de junho a dezembro; exercício de 2006 – meses de janeiro, fevereiro e abril. ICMS no valor de R\$2.200,57, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Exercício de 2007 – meses de abril e maio. ICMS no valor de R\$10.551,59, acrescido da multa de 50%.

Infração 03. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Exercício de 2006 – mês de dezembro. ICMS no valor de R\$4.709,07, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração mensal do ICMS). Exercício de 2005 – mês de abril. Multa no valor de R\$460,00.

Consta, às fls. 09 a 12, levantamento fiscal intitulado “ICMS recolhido a menor devido ao uso incorreto de valor de redução de BC”; às fls. 13 a 84, cópias de notas fiscais emitidas pelo contribuinte; à fl. 85, documento “Resumo Fiscal Completo”, expedido pelo sistema informatizado Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, indicando a omissão de entrega de DMA relativa ao mês de abril/2005, recolhimento a menos de ICMS no mês de dezembro/2006, e falta de recolhimento de ICMS nos meses de abril e maio/2007.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 88 a 111, inicialmente descrevendo os termos das imputações e, a seguir, aduzindo que, nas mesmas “a autoridade fazendária invoca, quando da descrição do Enquadramento legal, os seguintes dispositivos: Artigo 56 e 124, inciso I do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, além dos artigos 116 e 333 do mesmo Regulamento.” Diz que os dispositivos legais citados no Auto de Infração não demonstram quais as normas do Estado da Bahia que seriam determinantes para o lançamento de ofício. Que o artigo 56 possui diversos incisos e alíneas, e o artigo 124, inciso I, possui diversas alíneas. Que não há menção a detalhamento acerca desses dispositivos na autuação. Reproduz os artigos 56, e 124, inciso I, ambos do RICMS/BA. Diz que, em relação à infração 03, foi apontado “o artigo 116, sem qualquer correlação com quaisquer alíneas ou incisos do referido dispositivo.” Copia o artigo 116 do RICMS/BA.

O contribuinte afirma que, em relação à infração 04, teria ocorrido o mesmo erro, tendo sido mencionado o artigo 333 do RICMS/BA, que traslada. Diz que a menção exata de alíneas, parágrafos, ou incisos, é importante para a verificação do objeto a ser discutido através da impugnação fiscal, e neste sentido cita a Lei Complementar nº 95/98, que define a função desses itens, reproduzindo os seus artigos 10 e 11. Afirma que no âmbito do processo administrativo a peça instauradora da lide deve trazer de forma precisa a descrição dos fatos e a base legal de sua instauração. Cita ensinamento de Giannini quanto a que o processo, como recurso administrativo, ampara o particular e serve ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, pelo que deve embasar-se em “norma legal específica para apresentar-se com legalidade objetiva, sob pena de invalidade.”

Diz que esta garantia constitui direito subjetivo do contribuinte e integra o “estatuto do contribuinte”. Que “No corpo do Auto, tem de constar, por exigência legal, a descrição do fato punível.”, e que “na espécie, faltam elementos probatórios daquilo que se encontra supostamente materializado na peça impositiva.” Que, ao se lavrar o Auto de Infração, ou Notificação, deve-se ter em mente que tais trabalhos são elaborados para serem revistos por contribuintes, advogados, julgadores, etc, pessoas que não se encontravam no local em que se realizou a auditoria, e que conhecerão dos fatos por meio do processo. Cita decisão da Junta de Revisão Fiscal do Rio de Janeiro, e do Conselho de Recursos Fiscais do Espírito Santo; traslada ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, de Diógenes Gasparini, e de Antônio Carlos de Araújo Cintra, acerca do Princípio da Motivação. Afirma que, no caso em tela, há fato ensejador de nulidade, porque há “enquadramento legal inexistente na legislação do ICMS do Estado da Bahia (...) considerando-se, inclusive, que a Recorrente efetuou o pagamento da exação contida na parte correta do Auto de infração.”

O contribuinte aduz que “não houve, no caso em tela, falta de recolhimento de obrigações principais ou acessórias”, e impugna a legalidade da multa aplicada. Alega que as multas cominadas superam o patamar aceitável, dentro dos limites constitucionais e de acordo com o Supremo Tribunal Federal – STF. Que a Constituição da República “é bem clara quando veda a utilização de tributos com efeito de confisco.” Cita entendimento doutrinário de Sacha Calmon Navarro Coelho e Sampaio Dória, e decisões do STF a respeito, inclusive reduzindo multas aplicadas de 100% para 30%, e de 50% para 20%.

O autuado pede o julgamento pela improcedência da autuação, o cancelamento das exigências fiscais e, caso não atendidos esses pedidos, “a redução das penalidades cominadas a patamares constitucionalmente admitidos, conforme entendimento exarado pelo” STF, nas decisões que trouxe ao processo, sobre o valor principal. Conclui requerendo “o reconhecimento de valores eventualmente pagos, mediante a devida compensação dos mesmos com os valores constantes do Auto de Infração.”

A autuante presta informação fiscal às fls. 113 e 114 expondo que, quanto à infração 01, a “Empresa recolheu a menor por erro na determinação da base de cálculo de aparelhos celulares e

Sim Card, pois tais mercadorias durante o período fiscalizado tinham redução de Base de Cálculo no valor de 29,41% que levaria a aplicação de uma alíquota interna de 12% ao invés de 17% (art. 87 incisos XIV e XV do RICMS/BA). Porém a redução aplicada pelo contribuinte em relação a algumas notas foi de 58,825% (art. 87 inciso V) como está carimbado nas notas fiscais de saídas da empresa às folhas 16 e 17 do RPAF, por exemplo). Isto reduziu a alíquota para 7% o que ocasionou numa diferença de ICMS a Pagar.” A autuante diz concordar quanto a que “O auto de infração não foi feliz em relação às infrações cometidas, mas foi o melhor enquadramento” que a fiscal encontrou no momento da lavratura do mesmo. A seguir, a autuante transcreve a legislação que embasa as operações que citou, sendo esta o artigo 87, incisos XXIV e XXV do RICMS/BA.

Quanto às infrações 02 e 03, a representante do Fisco informa que referem-se a ICMS normal declarado e não recolhido, e ICMS declarado e recolhido a menos, consoante DMAS fornecidas pelo contribuinte, conforme documento de fl. 85 do PAF (Resumo Fiscal Completo INC/SEFAZ). Entende que houve confissão do débito, que o contribuinte ficou ciente do fato e verificou com a contabilidade que tais valores eram efetivamente devidos e que não haviam sido recolhidos, ou haviam sido recolhidos a menos. A auditora diz que não vê irregularidade “com relação à cobrança.”

No que tange à infração 04, assevera que a falta de cumprimento de obrigação acessória converte-se em obrigação principal quanto à prestação pecuniária.

Em relação às multas aplicadas, aduz que encontram-se na Lei e que não cabe à autuante julgá-las. Conclui pedindo o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

Às fls. 117 e 118, considerando, quanto à infração 02, que a autuante não acostara ao processo cópia do livro Registro de Apuração do contribuinte dos meses apontados, comprovando que as operações estavam de fato escrituradas; considerando que, no que tange à infração 03, a autuante não anexara ao processo cópia do mencionado livro, e dos respectivos documentos de arrecadação estadual, atinentes ao período objeto do lançamento de ofício, documentando o recolhimento a menos do imposto, bem como não acostara demonstrativo do débito apurado; e considerando que o contribuinte ingressara com impugnação ao lançamento de ofício, às fls. 88 a 111, alegando, dentre outros pontos, a inexistência dos dispositivos legais invocados pela autoridade fazendária, tendo a autuante apresentado informação fiscal às fls. 113 e 114, na qual detalhara os dispositivos aplicáveis à situação objeto da fiscalização, citando o Resumo Fiscal Completo anexado à fl. 85, e confirmando a autuação; considerando, ainda, a necessidade de garantir o direito de ampla defesa do sujeito passivo, e na busca da verdade material, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar decidiu converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que a autuante anexasse ao processo cópias do LRAICMS do autuado atinente aos meses objeto das infrações 02 e 03, e cópia do documento de arrecadação estadual referente ao recolhimento a menos de ICMS apurado na infração 03, ou cópia de comprovante de recolhimento equivalente, e elaborasse demonstrativo do débito apurado na infração 03, entregando-se ao autuado cópia das fls. 09 a 12 do PAF (demonstrativo atinente à infração 01), cópia da informação fiscal prestada às fls. 113 e 114, e cópia do demonstrativo elaborado pela autuante em atendimento à Diligência, reabrindo-se o prazo de defesa de trinta dias para que o contribuinte se manifestasse, caso desejasse.

A Diligência foi atendida pela autuante à fl. 120, na qual a mesma repetiu a explicação referente à infração 01, que já apresentara na informação fiscal, elaborando novo demonstrativo, com os mesmos valores de ICMS lançados, às fls. 123 a 125. Quanto à infração 02, anexou demonstrativo à fl. 126, e cópias do livro Registro de Apuração do contribuinte dos meses de abril e maio/2007, às fls. 132 a 135. Em relação à infração 03, anexou demonstrativo à fl. 126, cópias do livro Registro de Apuração do contribuinte do mês de dezembro/2006, às fls. 127 e 128, e cópias de DAES com recolhimento total de R\$14.127,24, às fls. 129 a 131.

A INFAZ de origem, conforme documentos de fls. 136 e 137 (Aviso de Recebimento – AR), intimou o contribuinte fornecendo-lhe cópia dos documentos determinadas por esta 3ª JF, e reabrindo o prazo de defesa do contribuinte.

Às fls. 139 a 142, o autuado ingressou com nova impugnação ao lançamento de ofício, inicialmente reproduzindo os termos das imputações e, em seguida, aduzindo que “o Auto de Infração em epígrafe é parcialmente infundado, uma vez que a Recorrente não descumpriu a totalidade das normas tributárias (material ou acessória) apontadas pela autoridade fazendária.”

O contribuinte diz que permanece o cerceamento de defesa em relação à infração 01 “tendo em vista a falta de valores totais supostamente devidos”. Quanto às demais infrações, diz que as informações apresentadas não têm correlação com a descrição dos fatos, nem com a base legal de sua instauração. Repete as alegações defensivas quanto ao princípio da legalidade objetiva, e diz que “Continua a figurar, no caso em tela, fator ensejador da nulidade do presente auto de infração, que traz enquadramento legal inexistente na legislação do ICMS” da Bahia. Conclui reiterando os pedidos da impugnação inicial.

A autuante presta nova informação fiscal às fls. 145, aduzindo que o contribuinte está agindo de forma protelatória; que há confissão de dívida; que a contadora da empresa confirmou a falta de recolhimento de imposto, e que a gerente do estabelecimento alegou situação financeira desfavorável da empresa; que se o contribuinte tivesse interesse em liquidar o débito teria feito uma Denúncia Espontânea e efetuado um parcelamento compatível. Que, em relação à infração 01, o caput do artigo 56 do RICMS/BA, constante do enquadramento, descreve situação que exclui a da autuação, e que o “Tanto o contribuinte sabia que tinha direito a redução de BC constante no artigo 87 que a utilizava tendo inclusive carimbado nas notas fiscais de saída o direito a esta redução e reconhecido que houve erro na programação das mercadorias que teriam direito a uma redução maior e isto teria gerado um valor de ICMS a ser pago menor que o real.” Diz que a situação foi pontual e houve, a seu ver, um erro, não um dolo, que deve ser penalizado por ter havido prejuízo para o Estado.

## VOTO

Preliminarmente, indefiro o pedido de declaração de nulidade formulado pelo sujeito passivo, uma vez que o processo encontra-se revestido das formalidades legais, estando indicados o autuado, o fato gerador e o montante do débito apurado, tendo sido garantido o exercício do direito de ampla defesa do sujeito passivo, nos termos do artigo 129, §4º, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, com reabertura do prazo de impugnação ao lançamento de ofício, e a entrega, ao autuado, dos demonstrativos que embasaram a ação fiscal, e de cópia da informação fiscal. O autuado apresentou contestação nos prazos concedidos.

Quanto aos dispositivos regulamentares citados no Auto de Infração, contra os quais se insurge o sujeito passivo, assinalo que as imputações estão descritas no Auto de Infração, tendo ainda o contribuinte recebido cópia da informação fiscal em que o autuante detalha o enquadramento legal das imputações do lançamento de ofício, e dos demonstrativos fiscais acostados ao PAF, tendo sido reaberto o prazo de defesa ao autuado, ao lhe ser entregue cópia da mencionada informação fiscal, consoante exposto no Relatório.

Ressalto também que, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, caso houvesse erro na indicação de dispositivos regulamentares no Auto de Infração, tal fato não implicaria na nulidade do lançamento de ofício, desde que ficasse evidente, pela descrição dos fatos imputados, o devido enquadramento legal. Os dispositivos citados no Auto de Infração serão analisados oportunamente neste voto, na apreciação do mérito dos fatos imputados.

No mérito, o Auto de Infração em análise foi lavrado em razão de quatro imputações.

A infração 01 trata de recolhimento a menos do ICMS decorrente de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em razão do uso incorreto de valor de redução de base de cálculo nas operações com aparelhos celulares e Sim Card, conforme descrito nos demonstrativos fiscais de fls. 09 a 12, e 111 a 125 do processo. Consoante explicitado pela autuante em sua informação fiscal, tais mercadorias, durante o período fiscalizado, junho de 2005 a abril de 2006, tinham redução de Base de Cálculo no valor de 29,41%, o que levaria à aplicação de uma alíquota interna de 12%, ao invés de 17%, nos termos do artigo 87, incisos XXIV e XXV, do RICMS/BA, mas o contribuinte calculou ICMS a recolher utilizando indevidamente a redução de base de cálculo prevista no inciso V do artigo 87 do RICMS/BA, a exemplo da Nota Fiscal nº 000318, à fl. 17, e nº 000389, à fl. 17-A, ambas emitidas pelo sujeito passivo. Para melhor compreensão, reproduzo a seguir os mencionados dispositivos regulamentares:

*RICMS/BA:*

*art. 87. É reduzida a base de cálculo:*

*V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática, inclusive automação, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%; (redação vigente de 27/04/1997 até 11/04/2007)*

*XXIV - das operações internas com aparelhos celulares em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), observado o disposto no § 11;*

*XXV - operações internas com Sim Card, destinados à utilização exclusiva em aparelhos celulares de tecnologia GSM, em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), observado o disposto no § 11;*

*§ 11. A redução prevista nos incisos XXIV e XXV dependerá de autorização do diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte e não será concedida àqueles que se encontrem com débito inscrito em dívida ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa.*

Em razão do cálculo incorreto do imposto destacado nas notas fiscais, houve o recolhimento a menos do mencionado imposto. O contribuinte não comprovou equívocos nos levantamentos fiscais de fls. 09 a 12, e 111 a 125 do processo. Quanto aos artigos do RICMS/BA mencionados no enquadramento da Infração 01 do Auto de Infração, o artigo 56 trata de base de cálculo, determinado regras aplicáveis quando inexistente outra determinação regulamentar para a operação, e o artigo 124, inciso I, prevê o dia nove do mês subsequente para o recolhimento do imposto. Porém, faltara ao enquadramento a citação do artigo 87, incisos XXIV e XXV, mencionados na informação fiscal, quando foi explicitado o devido enquadramento normativo pela autuante, tendo sido detalhadamente descrita a infração, sanando a lacuna presente no Auto de Infração, tendo sido então reaberto o prazo de defesa. Está comprovado, nos autos, o cometimento da infração, e o contribuinte não acostou, ao processo, documento que invalidasse os dados do levantamento fiscal. Assim, considero procedente a infração 01.

As infrações 02 e 03 referem-se a ICMS normal declarado e não recolhido, e ICMS declarado e recolhido a menos, consoante DMAs fornecidas pelo contribuinte, tal como informado no documento de fl. 85 do PAF (Resumo Fiscal Completo INC/SEFAZ), e verificado nas cópias do livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 127 a 135).

O contribuinte ateve-se a questionar os dispositivos regulamentares utilizados pelo Fisco na lavratura do Auto de Infração, não contestando a validade dos documentos acostados pela autuante, nem os dados numéricos levantados na ação fiscal. As infrações estão descritas corretamente, e embasadas nos documentos citados no Relatório e neste voto, acostados ao processo. Nestes termos, considero as infrações 02 e 03 procedentes.

A infração 04 trata da falta de apresentação da DMA referente ao mês de abril de 2005, e o contribuinte não comprova o seu envio, acostando ao processo o recibo de que deveria dispor, caso houvesse cumprido esta obrigação acessória. A mera alegação não desobriga o sujeito passivo da comprovação do quanto asseverado em sua defesa. A infração 04 não foi elidida, pelo que a considero procedente.

Em relação às multas aplicadas, as mesmas estão previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e o artigo 125 do COTEB determina que estão excluídas da competência deste Conselho a apreciação de constitucionalidade, e a negativa de aplicação de ato normativo em vigor.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **276473.0602/07-0**, lavrado contra **VSD COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.461,23**, acrescido das multas de 50% sobre R\$10.551,59 e de 60% sobre R\$6.909,64, previstas, respectivamente, nos incisos I, alínea “a”, II, alíneas “a” e “b”, do artigo 42 da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00** prevista no inciso XV, alínea “h”, do artigo 42 da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR