

**A.I. Nº** - 269352.0017/11-0  
**AUTUADO** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 19/09/2011

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0196-03/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. IMPUTAÇÃO NÃO CONDIZENTE COM O FATO REAL. Não houve erro na aplicação das alíquotas, conforme acusa o Auto de Infração, mas sim erros nos dados informados nos arquivos magnéticos. Ao proceder ao lançamento do crédito tributário a autoridade fiscal deve atentar para o fato concreto, de modo a determinar a matéria tributável. A autoridade fiscal não pode lançar o imposto sem precisar o que de fato apurou, deixando que o contribuinte, ao se defender, explique o que foi que ocorreu. No processo administrativo fiscal não se admite que no julgamento haja mudança do fulcro da autuação. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/3/11, acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota, sendo lançado imposto no valor de R\$ 60.620,10, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 199/214) suscitando em preliminar a nulidade do Auto de Infração por afronta ao art. 142 do CTN, alegando que neste caso o fisco teria que provar o que acusa, e não simplesmente inverter o ônus da prova. Cita doutrina e jurisprudência.

Alega que os valores relativos aos meses de janeiro a março de 2006 já teriam sido alcançados pela decadência, nos termos do art. 156, V, c/c o art. 150, § 4º, do CTN.

No mérito, alega que a autuação tomou por base a análise dos arquivos magnéticos da empresa, sem atentar para a verdade dos fatos. Diz que os produtos que indica teriam sido tributados à alíquota de 17%, que é a alíquota que o autuante alega ser a correta, e não à alíquota de 7%, como acusa o fiscal. Como prova, chama a atenção para os Cupons Fiscais que anexou. Aduz que, segundo o autuante, alguns produtos seriam tributáveis à alíquota de 12%, e sendo assim a empresa teria pago imposto a mais, pois utilizou a alíquota de 17%, como no caso do orégano. Quanto aos pescados (arraia, corvina e pescada espalmada), que segundo o fiscal seriam tributados à alíquota de 17%, o autuado observa que no período fiscalizado (janeiro a julho de 2006), consoante o art. 1º do Decreto nº 7.577/99, as operações internas com pescado tinham a base de cálculo reduzida em 100%, tendo aquele decreto sido prorrogado por tempo indeterminado pelo Decreto nº 8.665/03, somente vindo a ser revogado pelo Decreto nº 10.984/08, e portanto àquele tempo, além de o pescado não estar enquadrado nas exceções, não estava sujeito a carga tributária, de modo que, por amostragem, o lançamento fiscal não preenche o requisito da certeza e liquidez. Alega que, devido ao grande número de produtos fiscalizados e dos equívocos quanto à sua classificação, seria de suma importância a realização de perícia ou diligência para esclarecer se o autuante se baseou na legislação vigente à época dos fatos e se há mercadorias em relação às quais a empresa utilizou

alíquota maior do que a prevista na legislação e pelo autuante, bem como se há mercadorias com redução de base de cálculo ou alíquota, e, havendo, quais são elas, e se o fiscal levou em conta tal situação. Conclui dizendo que se reserva no direito de formular outros quesitos quando da realização da diligência ou perícia.

Conclui dizendo que o Auto em discussão se encontra inundado de incertezas e imprecisões, não podendo prosperar, pois o lançamento, como fonte de constituição do crédito tributário, enquanto denúncia fiscal, para ter validade não pode gerar ou conter dúvidas, devendo ser claro e límpido na identificação do fato gerador, correta e claramente tipificado, inclusive considerando o direito ao crédito fiscal. Protesta que a pretensão fiscal consubstanciada neste Auto não pode ir avante por ferir não só os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, mas todo um conjunto de preceitos constitucionais, como a vedação de confisco, pois o fisco pretende cobrar imposto utilizando-se de presunção.

Reclama da desproporcionalidade da multa aplicada, ponderando que o Estado não sobrevive de multas, e sim de impostos, e por isso a multa não tem caráter remuneratório, mas punitivo, devendo ser aplicada na proporção da infração cometida. Alega que a multa aplicada é desarrazoada, desproporcional, injusta e abusiva, com nítido caráter confiscatório, esquecendo-se o caráter punitivo e transformando-o em arrecadatório. Cita jurisprudência acerca da necessidade de dosimetria da pena, em função do princípio da proporcionalidade.

Invoca a observância do princípio do “in dubio pro contribuinte”.

Pede que se declare nula a autuação, ou que, em preliminar de prejudicial de mérito, se declare extinta parte do crédito, relativamente aos meses de janeiro a março de 2006, em virtude da homologação tácita (decadência), ou ainda que, no mérito, seja declarada improcedente. Apela para a aplicação da interpretação mais benéfica, em caso de haver dúvida. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 270/275) negando que tivesse havido cerceamento de defesa, pois todas as provas foram apresentadas, conforme relatórios anexos, e os arquivos magnéticos do Sintegra também se encontram nos autos, no CD-R anexo, do qual foi entregue cópia ao contribuinte.

Quanto à alegação de decadência, o fiscal observa que o § 4º do art. 150 do CTN ressalva a existência de alguma lei fixando prazo para homologação, e a lei baiana fixa tal prazo, haja vista o art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/1081 (COTEB), e sendo assim o lançamento está regular.

No mérito, o fiscal diz que o que ocorreu no presente caso foi que a alíquota indicada nos arquivos magnéticos, que mostram o resumo mensal da movimentação de cada mercadoria, com sua correspondente alíquota, e mediante a qual foi pago o imposto, foi feita em alguns casos de forma errada, ocasionando pagamento a menos do imposto devido, de modo que, embora as alíquotas estejam corretas nos Cupons Fiscais, na composição do registro 60R estão divergentes, e isso ocasionou um transporte de valores menores para o livro de apuração. Para demonstrar isso, o fiscal apresenta quadro com especificação dos valores que serviram de base para tributação e dos valores que foram lançados no livro de apuração, destacando as diferenças verificadas. Diz que tais elementos se encontram discriminados em planilhas e foram gravados em CD-R. Chama a atenção para o fato de que, em relação a todos os produtos que foram objeto do levantamento, o [arquivo] 60R contém alíquotas diferentes para o mesmo “produto”, algumas corretas e outras erradas. Dá como exemplo a mercadoria “suco Skinka frutas vermel 260ml”.

Reitera que a questão consiste em que as totalizações do [arquivo] 60R terem sido transportadas erroneamente para o Registro de Apuração do ICMS, embora os Cupons Fiscais estejam com a alíquota correta.

O fiscal conclui dizendo que “esta fiscalização” admite ter-se equivocado apenas ao incluir pescados no levantamento efetuado, uma vez que aquela mercadoria tem redução de base de

cálculo de 100% nas operações internas, nos termos do art. 87, XXXVI, do RICMS, e para corrigir a cobrança indevido apresenta tabela com os valores indevidamente lançados, que totalizam R\$ 574,34.

Opina no sentido de que o Auto de Infração seja julgado procedente [*sic*].

## VOTO

O lançamento em discussão refere-se a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota.

O contribuinte suscitou em preliminar a nulidade do procedimento fiscal alegando afronta ao art. 142 do CTN, reclamando que neste caso o fisco teria que provar o que acusa, e não simplesmente inverter o ônus da prova, sem atentar para a verdade dos fatos. Assinala que, de acordo com os Cupons Fiscais que anexou, a alíquota foi indicada corretamente nos documentos, e o fiscal teria se equivocado por se basear nos arquivos magnéticos, sem atentar para a verdade.

O fiscal, ao prestar a informação, reconheceu que de fato os erros estavam nos dados dos arquivos magnéticos, estando corretas as alíquotas indicadas nos Cupons Fiscais.

Concluo então que o fato real apurado é outro, e não o que consta na acusação. O próprio fiscal reconheceu que não houve erro na aplicação das alíquotas nos documentos. O que houve foram erros nos dados informados nos arquivos magnéticos.

Isso tem implicações substanciais. Erros nas informações prestadas através de arquivos magnéticos podem constituir meras infrações de natureza formal, passíveis de multas por descumprimento de obrigações acessórias (Lei nº 7.014/96, art. 42, XIII-A, “i”). Por outro lado, se os dados informados erroneamente nos arquivos implicarem falta de pagamento do imposto ou pagamento a menos, o fato se torna passível de multa de 70%, e não de 60%, como supôs o nobre autuante neste caso (art. 42, II e III). A multa de 60% é para os casos em que o contribuinte registra em seus livros (e não nos arquivos magnéticos) operações ou prestações tributáveis como não tributáveis, ou quando incorre em erro na aplicação da alíquota (nos documentos fiscais, evidentemente), ou quando incorre em erro na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os *documentos* tenham sido emitidos e *escriturados regularmente*. Por esse ângulo de visão, se os *documentos* não são *escriturados regularmente* a multa não é de 60%. Mas tudo isso levando-se em conta os registros nos livros fiscais, haja vista a expressão “escriturados regularmente” (art. 42, II, “a”). Caso contrário, a multa é de 70%.

Por conseguinte, como o fato real, constatado pelo autuante, não consistiu na aplicação incorreta de alíquota nos documentos fiscais. O fato é outro, em cujo mérito não entrarei. A multa também seria outra. A correção da multa pode ser feita pelo órgão julgador, porém o fato não pode ser alterado, pois no processo administrativo fiscal não se admite que no julgamento haja mudança do fulcro da autuação.

Tem toda pertinência a reclamação do autuado quanto à inobservância do art. 142 do CTN. Ao proceder ao lançamento do crédito tributário, a autoridade fiscal deve atentar para o fato concreto, de modo a *determinar* a matéria tributável. A autoridade fiscal não pode lançar o imposto sem precisar o que de fato apurou, deixando que o contribuinte, ao se defender, explique o que foi que ocorreu.

Deixo por isso de adentrar no mérito da lide, inclusive no tocante à alegação de decadência parcial do crédito tributário.

O lançamento é nulo, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, c/c o art. 142 do CTN.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269352.0017/11-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA