

A.I. N° - 269352.0017/11-0  
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.  
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 26/09/2012

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0213-03/12

**EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA CABÍVEL NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Não houve erro na aplicação da alíquota – nos Cupons Fiscais a alíquota está correta. Trata-se de divergências entre os valores informados no registro tipo 60R do arquivo magnético e os valores lançados no livro Registro de Apuração. Nulidade superada em decisão anterior da 1<sup>a</sup> Câmara. Refeitos os cálculos das operações com pescado, haja vista a previsão de redução da base de cálculo de 100% nas operações internas. Reduzido o valor do imposto a ser lançado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** 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 nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, 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 pagado 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. Aduz que se reserva o 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 vermelhas 260 ml”.

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].

Mediante o Acórdão JJF 0196-03/11 (fls. 277/280), esta Junta julgou nulo o Auto de Infração. Houve Recurso de Ofício.

Ao apreciar o Recurso de Ofício, a 1<sup>a</sup> Câmara, mediante o Acórdão CJF 0214-11/12 (fls. 303/305), decretou a nulidade da decisão de primeira instância e devolveu os autos para nova decisão com enfrentamento e julgamento do mérito.

## VOTO

O presente Auto de Infração acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota.

No bojo das considerações em torno do art. 142 do CTN, o contribuinte suscitou uma preliminar, alegando ausência de provas, e reclamando que a ausência de provas implica inversão do ônus da prova.

Na verdade, não se trata a rigor de preliminar: provas constituem questão de mérito, e assim será tratada essa questão.

Foi requerida a realização de diligência ou perícia para esclarecer se o autuante se baseou na legislação vigente à época dos fatos e se há mercadorias com relação às quais a empresa utilizou alíquota maior do que a prevista na legislação, 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.

Considero desnecessária a realização de perícia. A perícia é um mecanismo de que se pode lançar mão em caso de necessidade de esclarecimentos técnicos específicos de profissional de determinada área do conhecimento humano. Para se decidir se há ou não necessidade de perícia, deve o requerente indicar as razões pelas quais considera ser necessária tal providência. Não basta simplesmente requerer. É necessário fundamentar o requerimento. Neste caso, se havia mercadorias com redução de base de cálculo e o fiscal não levou em conta essa situação, caberia à defesa identificar os equívocos e apontá-los, para, aí sim, ser feita a correção do lançamento. Indefiro o requerimento.

Foi alegada decadência relativamente aos meses de janeiro a março de 2006, tomando por fundamento o art. 156, V, c/c o art. 150, § 4º, do CTN.

Não acato a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, haja vista que, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao exercício de 2006. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Os débitos que segundo a defesa já teriam sido alcançados pela decadência – os relativos a janeiro, fevereiro e março de 2006 – já poderiam ter sido lançados no exercício de 2006. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2007. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31

de dezembro de 2011. O procedimento fiscal foi formalizado em 31.3.11, e o sujeito passivo foi intimado no dia 5.4.11. O Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 107-A, acrescentado pela Lei nº 8.534/02, estabelece o prazo de decadência do direito de efetuar o lançamento do crédito tributário em consonância com o art. 173 do CTN. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apega a defesa, aplica-se é quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação.

Esta Junta, em decisão anterior, mediante o Acórdão JJF 0196-03/11, julgou nulo o presente Auto de Infração com fundamento em que a acusação fiscal não é condizente com o fato real, haja vista que não houve erro na aplicação das alíquotas, conforme acusa o Auto de Infração, mas sim erros nos dados informados nos arquivos magnéticos, considerando-se que ao proceder ao lançamento do crédito tributário a autoridade fiscal deve atentar para o fato concreto, de modo a determinar qual a matéria tributável. Naquela decisão foi pontuado que 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. A anulação baseou-se em que no processo administrativo fiscal não se admite que no julgamento haja mudança do fulcro da autuação.

O julgamento foi declarado nulo pela 1ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0214-11/12, e os autos retornaram à primeira instância para nova decisão com enfrentamento e julgamento do mérito.

Passo ao exame dos aspectos de mérito da lide.

O contribuinte é acusado de ter recolhido ICMS a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota.

Na verdade, não foi isso. O fato é outro. Nos Cupons Fiscais a alíquota está correta. Ao prestar a informação, o autuante explicou que o problema foi a constatação de erros nos arquivos magnéticos, mais precisamente no registro tipo 60R.

Na fl. 273, o fiscal diz que, “Para melhor elucidação do caso”, apresentou tabela com totais mensais dos valores relativos à diferença encontrada. No quando à fl. 273, o fiscal relaciona, mês a mês, o ICMS lançado no registro tipo 60R e os valores lançados no livro Registro de Apuração, e na última coluna a “diferença encontrada”. O problema é que os valores listados na coluna “Diferença encontrada” (fl. 273) são totalmente diferentes dos valores lançados no Auto de Infração (fl. 1). O fiscal explica que o valor da diferença “será cobrado em um segundo auto de infração, que se encontra em elaboração”.

É preocupante essa revelação do autuante de que foi elaborado um Auto de Infração complementar relativamente a um fato que se encontra pendente de julgamento. Não custava nada aguardar-se o desfecho do presente Auto, já que o novo Auto que segundo o autuante “se encontra em elaboração” diz respeito ao mesmo fato, nos mesmos meses, envolvendo os mesmos elementos de investigação. Mas sobre essa questão não devo me aprofundar, pois o julgamento anterior desta Junta foi anulado e os autos retornaram para apreciação do mérito.

Segundo o autuante, os valores indicados no quadro à fl. 273 estão detalhados no CD-R à fl. 269.

Na informação o fiscal aduziu mais adiante (fl. 274) que “Para elucidar melhor esta questão”, destacou, como exemplo, que com relação à mercadoria “suco Skinka frutas vermelhas 260 ml”, no mês de fevereiro de 2006, tanto há lançamento com alíquota correta (17%) quanto com alíquota errada (0%) dentro do mesmo mês.

Acrescenta que isto ocorre “com todos os produtos que estão neste auto”, gerando afinal lançamento do imposto a menos no Registro de Apuração, embora os Cupons Fiscais estejam com a alíquota correta.

Não foi dada ciência ao autuado dos novos valores porque, tendo em vista a informação do autuante de que foi elaborado outro Auto de Infração, o contribuinte há de ser intimado dos novos valores e terá oportunidade de defender-se é no outro Auto de Infração, e não neste.

Quanto ao presente Auto, embora o fiscal autuante tenha concluído a informação opinando pela “procedência” do Auto de Infração, ele declarou (fls. 274-275) que “esta fiscalização” admite ter-se equivocado ao incluir pescados no levantamento efetuado, uma vez que essa 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 indevida apresentou tabela com os valores indevidamente lançados, que totalizam R\$ 574,34 (o fiscal errou a soma: em vez de R\$ 574,34, o correto é R\$ 574,35).

Noto que o fiscal reconheceu que errou, ele próprio mostrou o erro, porém não refez o demonstrativo fiscal, e concluiu a informação opinando pela “procedência” integral do Auto de Infração.

Para evitar remeter estes autos em diligência para depuração dos valores efetivamente devidos, retardando o desfecho da lide, em prejuízo do Estado e do contribuinte, farei eu mesmo as retificações cabíveis.

Na informação o fiscal indicou os valores indevidamente lançados (fl. 275) nos demonstrativos fiscais (fls. 8 e ss). O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

MÊS	VALORES LANÇADOS	VALORES A SEREM ABATIDOS	FLS. DOS AUTOS	CÓDIGO DA MERCADORIA	VALORES REMANESCENTES
Jan/06	R\$ 6.572,61	R\$ 4,69	Fl. 9	810291	
		R\$ 49,52	Fl. 9	819794	
		R\$ 52,30	Fl. 9	819743	
	<b>Soma... R\$ 106,51</b>				<b>R\$ 6.466,10</b>
Fev/06	R\$ 6.694,78	R\$ 15,45	Fl. 45	810291	
		R\$ 98,86	Fl. 45	819794	
		R\$ 144,80	Fl. 45	819743	
	<b>Soma... R\$ 259,11</b>				<b>R\$ 6.435,67</b>
Mar/06	R\$ 7.123,00	R\$ 1,56	Fl. 56	810291	
		R\$ 70,28	Fl. 56	819794	
		R\$ 69,91	Fl. 56	819743	
	<b>Soma... R\$ 141,75</b>				<b>R\$ 6.981,25</b>
Abr/06	R\$ 5.933,31	R\$ 38,55	Fl. 82	819794	<b>R\$ 5.894,76</b>
Mai/06	R\$ 5.166,25	R\$ 14,02	Fl. 133	819794	<b>R\$ 5.152,23</b>
Jun/06	R\$ 4.462,97	R\$ 13,50	Fl. 150	819794	<b>R\$ 4.449,47</b>
Jul/06	R\$ 4.953,69	R\$ 0,91	Fl. 164	819794	<b>R\$ 4.952,78</b>
Ago/06	R\$ 3.886,86	-	-	-	<b>R\$ 3.886,86</b>
Set/06	R\$ 3.992,77	-	-	-	<b>R\$ 3.992,77</b>
Out/06	R\$ 3.982,48	-	-	-	<b>R\$ 3.982,48</b>
Nov/06	R\$ 3.709,14	-	-	-	<b>R\$ 3.709,14</b>
Dez/06	R\$ 4.142,24	-	-	-	<b>R\$ 4.142,24</b>
				<b>Total</b>	<b>R\$ 60.045,75</b>

O autuado 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 desrazoada, desproporcional, injusta e abusiva, com nítido caráter confiscatório. Quanto a esse aspecto, cumpre dizer que não é razoável discutir no âmbito administrativo a ilegalidade ou constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269352.0017/11-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 60.045,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA