

**PROCESSO** - A. I. Nº 207494.0010/03-2  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0284-02/04  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/METRO  
**INTERNET** - 23.12.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0372-12/04

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Infração não elidida. c) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. Não foi comprovado o lançamento no livro RAICMS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Apurada a ocorrência através de notas fiscais coletadas no CFAMT, que servem como elemento de prova de que as mercadorias foram entregues no estabelecimento do autuado. Comprovado o registro de parte das notas fiscais. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. De acordo com a Portaria nº 270/93, as mercadorias objeto da lide estão sujeitas ao pagamento do imposto antecipado na entrada no território baiano, salvo existência de regime especial para recolhimento na entrada no estabelecimento. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$246.153,39, acrescido de multa de 60% e multa no valor de R\$ 209.789,04, em decorrência de:

- 1. Falta de estorno de crédito no total de R\$ 114.990,17, referente aos bens do Ativo Imobilizado que foram utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas resultaram em operações isentas e não tributadas, no período de maio de 2002 a setembro de 2003, conforme demonstrativo à fl. 10.*
- 2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 1998 e 2002, apurada com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, sujeitando-se a multa no valor de R\$ 212.526,84 equivalente a 10% sobre o montante dos documentos fiscais não escriturados nos livros fiscais, conforme demonstrativo às fls. 14 a 16.*
- 3. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 23.164,13, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária, no exercício de 1998, através das notas fiscais relacionadas às fls. 17 e 18.*

4. *Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS, no valor de R\$78.148,75, no mês de outubro de 1998, referente a mercadorias adquiridas para integrar o Ativo Permanente do estabelecimento, através de lançamento no Registro de Apuração do ICMS como Outros Créditos, sem a devida comprovação e atendimento aos critérios de utilização de créditos pelo CIAP, conforme demonstrativo à fl. 19.*
5. *Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 29.850,34, no mês de junho de 1998, através de lançamento no Registro de Apuração do ICMS no campo Outros Créditos, a título de diferença do imposto apurado a maior no mês de maio de 1998, conforme demonstrativo à fl. 20.*

O sujeito passivo, por seu advogado, apresentou defesa e em relação à infração 2, objeto do presente Recurso Voluntário argúi a decadência do lançamento relativo ao período de 01/98 à 11/98, e a nulidade da autuação e a conseqüente inexigibilidade dos valores lançados, afirmando que não foi apresentada prova da ocorrência da ilegalidade atribuída, salientando quanto à infração 2, que desprocede a acusação fiscal, pois todos os documentos fiscais coletados no CFAMT foram escriturados nos livros fiscais, citando como exemplo a Nota Fiscal nº 641955 emitida pela Frigobrás Cia Brasileira de Frigoríficos, conforme documentos às fls. 270 a 271.

Na informação fiscal os autuantes rebatem a alegação de decadência, dizendo que o § 4º do artigo 150 do CTN estabelece a decadência a contar da data da ocorrência do fato gerador, se a Lei Ordinária não fixar prazo à homologação, ressaltando que o procedimento fiscal está respaldado no artigo 28, § 1º do COTEB/96 e no artigo 90 do RICMS/97.

Por fim, informam que o débito foi apurado com base nos relatórios do CFAMT e acatam a comprovação do lançamento da Nota Fiscal nº 64955, emitida pela Sadia, no valor de R\$ 27.378,00, sendo refeito o demonstrativo do débito, com a redução do valor de R\$2.737,80.

Cientificado, o autuado apresentou Recurso Voluntário onde enfatiza que o trabalho do diligente foi feito de forma superficial, pois se baseou apenas nos documentos de sua defesa para concordar com a exclusão de parte do débito fiscal, tendo apresentado cópias das Notas Fiscais nºs 081571 e 081794 e da folha do Registro de Entradas onde as mesmas estão lançadas (docs. fls. 321 a 324).

Prosseguindo, o defendente alega que o estabelecimento não poderia registrar notas fiscais nas situações em que as mercadorias foram recusadas, e nem deram entrada no estabelecimento autuado, e informa que já foram solicitados aos fornecedores os documentos necessários à comprovação da recusa, protestando pela juntada posterior de provas, e requerendo que o Fisco determine diretamente junto aos fornecedores que apresentem os documentos necessários à comprovação dos fatos relativos a retorno das mercadorias.

Por conta disso, diz que a Administração Pública não pode exigir o cumprimento da obrigação tributária sem produzir provas, salientando que em razão do diligente não ter analisado todos os seus registros fiscais, restou demonstrada a falta de clareza e precisão do lançamento fiscal por ausência de provas e o cerceamento de direito de defesa por não saber o que precisa provar para se defender, acarretando a sua nulidade nos termos do artigo 18, inciso II e IV, alínea “a”, e artigo 39, inciso III, do RPAF/99.

Além disso, argúi ainda que, em caso de dúvida a Autoridade Fiscal deve adotar o disposto no artigo 112 do CTN.

Concluindo, requer a juntada posterior de provas e a realização de perícia com base na indagação: se as notas fiscais listadas no trabalho fiscal correspondem a retorno de mercadorias que não deram entrada no estabelecimento.

O ilustre relator da Decisão de Primeira Instância pela Procedência Parcial do Auto de Infração em lide, assim fundamentou seu entendimento:

*“No que tange a alegação de decadência do lançamento relativo ao período de 01/98 a 11/98 para a infração 02; de 31/03/98 a 30/11/98 para a infração 03; 31/10/98 para a infração 04, e 30/06/98 para a infração 05, observo que não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contado da data em tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. No caso presente, o lançamento de ofício foi constituído a partir da ciência do Auto de Infração no dia 23/12/03 (doc. fl. 4), e desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/1999, contando daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário.*

*Sobre os Pareceres de restituição constantes às fls. 273 a 280, apesar do entendimento expressado nos referidos, a legislação tributária pertinentes (art. 965, I, do RICMS/97), bem como, as reiteradas decisões do CONSEF/BA consideram que a contagem deve ser feita a partir do primeiro dia do ano seguinte à aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.*

*Com relação as preliminares de nulidade de falta de clareza e precisão do lançamento, e de cerceamento de defesa, observo que o procedimento fiscal não violou a regra do artigo 18, inciso, II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, pois todas as infrações foram descritas com clareza e estão embasadas em documentos e elementos extraídos da escrita do autuado, merecendo ressaltar que conforme consta nos documentos às fls. 13 a 20, o autuado declarou ter recebido cópias de todos os demonstrativos e notas fiscais, e pôde entender perfeitamente a acusação fiscal e os números apurados, e exercer a ampla defesa e o contraditório, como, aliás, o fez ao impugnar parcialmente o lançamento tributário objeto deste processo.*

*Assim, ficam rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF.*

*Sobre a argüição de imprestabilidade da taxa SELIC acumulada mensalmente como índice para efeitos de cômputo dos juros de mora, sob o argumento de que a mesma extrapola o percentual de 1% previsto no artigo 161 do CTN, tornando-a inconstitucional, abstenho-me de qualquer consideração por não se incluir na competência do órgão julgador no âmbito administrativo apreciar tal questão.*

*Quanto ao pedido de diligência, para evitar futura alegação de cerceamento de defesa, esta junta deliberou na Pauta Suplementar do dia 04/03/2004 pela realização de diligência para esclarecer exclusivamente a infração 2, haja vista que o autuado reconheceu a infração 1, e no tocante às infrações 3, 4 e 5 limitou-se a argüição de decadência do período lançado, já analisada anteriormente.*

*Examinando o mérito com base no Parecer ASTEC/CONSEF nº 91/2004 (docs. fls. 307 a 308), e de tudo o mais que consta nos autos, concluo o seguinte.*

*Infração 2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, cuja infração foi detectada através das cópias das notas fiscais coletadas pelo sistema CFAMT constantes às fls. 96 a 218.*

*A legislação prevê a aplicação de multa de 10%, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96).*

*O sujeito passivo no primeiro Recurso alegou que os documentos estavam escriturados nos livros fiscais, e no segundo, insinua que o não lançamento é decorrente do retorno das mercadorias ao remetente. O § 5º do artigo 123 do RPAF/99 estabelece que a prova documental será apresentada na impugnação. Portanto, não tendo sido demonstrada a impossibilidade da apresentação das cópias do livro Registro de Entradas constando o lançamento de todos*

*os documentos fiscais, bem assim que as mercadorias não tenham entrado no estabelecimento por ter retornado ao remetente conforme alegado, considero que a alegação defensiva de cumprimento da obrigação acessória em questão não elide totalmente a autuação, pois somente foi comprovado na diligência fiscal o lançamento nos livros fiscais da Nota Fiscal nº 641955 emitida em 17/07/1998 pela Frigobrás Cia Brasileira de Frigoríficos, no valor de R\$ 7.378,00, conforme documentos às fls. 270 a 271, o que reduz o valor da multa para a cifra de R\$ 209.789,04. Quanto às notas fiscais nºs 81571 e 81794 apresentadas no segundo Recurso (doc. fls. 321 e 322), não devem ser levadas em consideração tendo em vista que não figuraram do levantamento do débito às fls. 14 a 16.”.*

O recorrente, por seu advogado, interpõe Recurso Voluntário analisa a autuação e o julgamento de Primeira Instância e preliminarmente reitera o requerimento da decadência relativamente às infrações ocorridas em 1998, por entender que houve homologação tácita pelo Fisco, uma vez que apurou o ICMS devido nesse período e pagou o imposto correspondente, sem manifestação contrária ao procedimento do recorrente.

Sustenta que sempre registra todas as notas fiscais que dão entrada no seu estabelecimento e que só não poderia registrar no Livro de Entradas as mercadorias que não deram entrada no estabelecimento, ou porque não foram compradas ou porque retornaram por estar em desacordo com o pedido.

Alega que o ônus da prova é da autoridade lançadora que deveria analisar cuidadosamente os documentos fiscais do recorrente que atestam que as notas fiscais foram escrituradas, conforme exemplo em anexo (nota fiscal e livro de entrada fl. 3 da defesa), fato que inquinaria de nulidade o Auto de Infração.

Entende que está demonstrada a falta de clareza e precisão do Auto de Infração, procedimento que viola a regra do art. 18, inciso IV, “a” e do art. 39, inciso II, do RPAF/BA, cujos teores transcreve.

Cita e transcreve doutrina em relação ao ônus de prova, jurisprudência nos Tribunais Superiores e Decisões deste CONSEF julgando nulos autos de infração por falta de elementos suficientes para se determinar com precisão a infração argüida e por impossibilidade de se determinar com segurança a ocorrência da infração.

Alega ainda nulidade por cerceamento de defesa porque se o Auto de Infração fora lavrado sem provas, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais, o autuado ficaria prejudicado na defesa a que tem direito, posto que não sabe o que precisa provar para se defender. Aponta que assim estaria ferido o art. 5º, LV da CF/88, que lhe asseguraria o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o que, ao seu ver, resulta em nulidade todo ato decorrente e cita Decisão da 1ª JFJ nessa direção.

Reclama ainda da aplicação da taxa SELIC e aponta a inconstitucionalidade de sua adoção nas relações tributárias.

Pede também que no julgamento da questão, seja levado em consideração o benefício da dúvida que deve favorecer o contribuinte.

Protesta e requer juntada posterior de provas, perícia e diligência junto aos seus fornecedores, alçando esses pedidos em preliminar, para que sejam elucidadas todas as dúvidas inerentes ao Auto de Infração, inclusive quanto aos registros e documentos comprobatórios do direito do recorrente. Apresenta os seguintes quesitos a serem respondidos pela perícia:

1. As notas fiscais listadas pela Autoridade Fiscal foram escrituradas no livro de entradas?
2. Os créditos lançados pelo recorrente no livro de apuração decorrem de imposto pago pela empresa na aquisição de produtos, bens ou serviços?
3. A que se referem às diferenças de base de cálculo das mercadorias sujeitas à substituição tributária?

4. Os créditos lançados pelo recorrente na coluna de outros créditos foram devidamente lançados?

Em nova manifestação à fl. 379 o recorrente requer que seja considerado o documento anexado que atestaria que as mercadorias retornaram ao estabelecimento remetente e ressalta a dificuldade para obter a documentação do fornecedor e renova o pedido de diligência fiscal junto aos fornecedores para a verificação do retorno das mercadorias objeto do Auto de Infração em lide.

Igualmente, à fl. 384 mais duas cópias de notas fiscais foram trazidas aos autos pelo recorrente.

Por solicitação da Procuradoria, o PAF foi encaminhado para Pauta Suplementar para analisar eventual diligência. Daí, os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal indeferiram o pedido porque verificaram que como na Impugnação o contribuinte já havia alegado que as notas fiscais estavam escrituradas, trazendo como exemplo uma delas, os autos foram convertidos em diligência que confirmou apenas a escrituração daquela nota fiscal apresentada. Por outro lado verificaram que as notas fiscais apresentadas nas últimas manifestações do recorrente tratavam-se apenas da 2ª via fixa das mesmas, concluindo que os autos contêm elementos suficientes para seu julgamento.

O PAF foi encaminhado a PGE/PROFIS e a Dra. Sylvia Amoêdo emitiu Parecer em que analisa o indeferimento da diligência solicitada, entendendo que os argumentos são procedentes, eis que efetivamente o recorrente apenas anexa cópias de 2ª vias de 3 notas fiscais, para pretender provar o não ingresso de mercadorias e essas vias não são próprias nem ao trânsito de mercadorias, nem ao destinatário delas; ao contrário, são fixas ao talonário, destinadas ao controle do Fisco e observa que a primeira instância já solucionou a questão suscitada pelo defendente e acatou as razões de defesa que foram confirmadas pela diligência.

Entende que os demais argumentos recursais já foram tratados e analisados nos julgamentos realizados e conclui que a Decisão guerreada não deve ser alterada, pois, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

Face ao exposto, opina que não deve ser Provido o Recurso Voluntário.

## VOTO

O recorrente reitera o requerimento da decadência, relativamente às infrações ocorridas em 1998, por entender que houve homologação tácita pelo Fisco, uma vez que apurou o ICMS devido nesse período e pagou o imposto correspondente, sem manifestação contrária ao procedimento do recorrente.

Argúi também falta de clareza e precisão do Auto de Infração, procedimento que violaria a regra do art. 18, inciso IV, “a” e do art. 39, inciso II, do RPAF/BA. Alega ainda nulidade por cerceamento de defesa porque o Auto de Infração teria sido lavrado sem provas, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais.

Verifico que essas questões foram enfrentadas e afastadas na Decisão recorrida, as quais igualmente afasto. Primeiro, quanto ao requerimento da decadência, considerando que a COTEB, com arrimo no artigo 173, I, do CTN estabelece o prazo de cinco anos para constituição do crédito tributário contado a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, validando, assim, as exigências relativas ao exercício de 1998, conforme julgou, corretamente, a Decisão recorrida. Igualmente, em relação à arguição de falta de clareza e precisão do Auto de Infração, porque verifico que todas as infrações foram descritas com clareza e estão embasadas em documentos e elementos extraídos da escrita do autuado, o qual pode entender perfeitamente a acusação fiscal e vem exercendo plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto à inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, acompanho também o posicionamento da Junta de Julgamento Fiscal e abstenho-me de qualquer consideração por não ser de competência deste órgão julgador à apreciação dessa questão.

Em relação ao mérito, verifico que o recorrente em seu Recurso Voluntário e nas manifestações posteriores apenas anexa cópias de 2ª vias de 3 notas fiscais, para pretender provar o não ingresso de mercadorias e, conforme aponta a Douta procuradora, essas vias não são próprias nem ao trânsito de mercadorias, nem ao destinatário delas; ao contrário, são fixas ao talonário, destinadas ao controle do Fisco.

Devo salientar que o contribuinte dispôs de prazo que julgo ter sido suficiente para coletar e trazer aos autos aqueles documentos que, de acordo com as suas alegações, seriam capazes de elidir a acusação, provando que as respectivas mercadorias foram devolvidas. Por outro lado, há que se considerar o porte da empresa em questão e sua importância junto àqueles fornecedores envolvidos, ou seja: a condição de exigir a presteza no atendimento da solicitação dos documentos que servissem de prova do quanto alegado pelo recorrente.

Verifico também que o único erro existente no levantamento foi corrigido na diligência fiscal realizada, cujo resultado o recorrente teve ciência.

Assim, mantenho a Decisão recorrida por considerá-la correta e, acompanhando o Parecer da Douta procuradora, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207494.0010/03-2**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S.A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$246.153,39**, sendo R\$131.163,22, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$114.990,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$209.789,04**, sendo R\$169.742,87, atualizada monetariamente, e R\$40.046,17, com os devidos acréscimos legais, prevista no art. 42, IX, da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS