

PROCESSO - A. I. Nº 207494.0001/04-1
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0288-02/04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 27/01/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0457-11/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Não comprovada a alegação do recorrente de que tais mercadorias foram objeto de devolução. Infração parcialmente subsistente, após constatação de que algumas notas fiscais foram registradas na escrita fiscal. Rejeitados os pedidos de nulidade e perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 2ª JJF – Acórdão JJF nº 0288-02/04, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado para exigir o valor de R\$ 587.642,17, em razão:

1. Da multa, no valor de R\$ 457.676,42, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias, sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, relativas ao exercício de 1999, conforme notas fiscais colhidas no CFAMT;
2. Da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 26.324,50, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos meses de janeiro, outubro e novembro de 1999;
3. Do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no montante de R\$ 94.801,12, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, no exercício de 1999;
4. Da falta de estorno de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$ 7.955,43, referente aos bens do ativo permanente que foram utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas resultaram em operações isentas e não tributadas, nos meses de outubro a dezembro de 2003;
5. Do crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 884,61, utilizado no mês de dezembro de 1999 sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 574.709,21, sendo R\$ 129.434,17 relativo ao imposto e R\$ 445.275,04 referente à multa, pelas seguintes razões:

1. Quanto à infração 1, entendeu a JJF que estando as notas fiscais com todos os dados cadastrais do seu estabelecimento, caberia ao contribuinte a utilização de todos os meios de prova, em direito disponíveis, para elidir a acusação, o que não ocorreu. Assim, manteve a multa aplicada, no montante de R\$ 445.275,04, após a comprovação de que seis notas fiscais estavam devidamente registradas.

2. Referente à segunda infração, a Decisão foi no sentido de manter a exigência fiscal no valor reconhecido e recolhido pelo autuado, ou seja, de R\$ 25.793,01, conforme acatado pelo autuante.
3. Inerente à terceira infração, a Decisão foi pela subsistência total da exigência, em função do autuado ter aplicado nas aquisições de mercadorias na indústria a MVA correspondente a aquisições no Atacado, além de não incluir os valores referentes ao frete na base de cálculo da antecipação tributária.
4. No tocante às duas últimas infrações foram objeto de recolhimento pelo autuado, não compondo a lide.

No Recurso Voluntário, o qual se restringe tão-somente à primeira infração, o recorrente reitera sua alegação de que já havia ocorrido a homologação tácita pelo Fisco baiano, relativa ao período de janeiro a março de 1999, prevista no § 4º do art. 150 do CTN, eis que decorridos cinco anos, a contar do fato gerador, sem manifestação contrária ao procedimento do recorrente, está extinto o crédito tributário correspondente, por força do art. 156, inciso VII, do CTN. Aduz ser esse o entendimento do STJ no caso dos tributos lançados por homologação.

Em seguida, renova seu argumento de que as mercadorias retornaram aos estabelecimentos remetentes, ou porque não foram compradas ou porque estavam em desacordo com o pedido. Anexa às fls. 1105 a 1108, documentos a título de provas de sua alegação. Ressalta que vem tentando junto aos fornecedores obter a comprovação do alegado, o que não tem sido fácil e rápido. Entende que o Fisco que tem poder de exigir a exibição de documentos poderia auxiliar nesse trabalho de busca da verdade material, determinando a intimação dos fornecedores para que informem o retorno das mercadorias em questão.

Defende que a acusação baseada tão-somente no relatório de fronteiras, não prova que tais mercadorias tenham dado entrada no estabelecimento, eis que podem ter retornado ao remetente. Aduz que no caso, o contribuinte não está obrigado a registrar a nota fiscal no seu livro Registro de Entradas, consoante os artigos 229, VI e 636, II, “b”, do RICMS, que prevêem que a mercadoria rejeitada retorna com a mesma nota fiscal originária e quem deve emitir nota fiscal de entrada é o estabelecimento remetente. Expõe que a fiscalização não se incumbiu de analisar os registros contábeis do recorrente para verificar que as mercadorias não deram entradas no estabelecimento porque retornaram ao remetente.

Registra que não pode a Administração exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, pois o processo administrativo se rege pela verdade material dos fatos. Assevera que a Fiscalização não apresentou prova de que as mercadorias deram entrada no estabelecimento recorrente, o que por si só já resultaria em nulidade do procedimento e conseqüentemente na inexigibilidade dos valores lançados, inclusive por cerceamento do seu direito de defesa, posto que não sabe o que precisa provar para se defender.

Também alega que os autuantes não analisaram cuidadosamente os documentos fiscais do recorrente que atestam que as notas fiscais foram escrituradas, “conforme exemplo em anexo”, o que já inquina de nulidade o Auto de Infração, pois demonstra sua falta de clareza e precisão do lançamento fiscal. Cita doutrina e decisões do CONSEF.

Por fim, invoca a inaplicabilidade da taxa de juros SELIC, uma vez que o CTN, superior hierarquicamente a Lei n.º 9065/95 que adotou a taxa SELIC como juros, prevê no caso de inadimplemento a cobrança exclusivamente de juros de mora, não admitindo percentual superior a 1%. Defende que tal taxa é uma forma de aumento de tributo por vias transversas, o que só pode ser

operacionalizada por lei específica. Cita manifesto da Segunda Turma do STJ considerando ilegal e inconstitucional sua aplicação em matéria tributária, acolhendo a argüição de inconstitucionalidade.

Assim, requer que seja julgado provido o Recurso Voluntário para julgar Nulo ou Improcedente o Auto de Infração em razão dos seus argumentos que demonstram a insubsistência da exigência fiscal que, sem apresentar provas, cerceando o direito de defesa, exige o “imposto” inexistente.

Requer ainda que seja observado o disposto no art. 112 do CTN, sobre a prevalecência da dúvida benigna, como também por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive perícia e diligência junto aos seus fornecedores, alçando estas últimas a condição de preliminar, para que sejam elucidadas todas as dúvidas inerentes ao Auto de Infração.

O Parecer PGE/PROFIS, à fl. 1093 dos autos, é no sentido de que os argumentos do recorrente e documentos fiscais são capazes de determinar a realização de diligência, com o objetivo de averiguar a efetiva comprovação, junto aos fornecedores, de que as mercadorias retornaram aos estabelecimentos remetentes e por via de consequência não ingressaram no estabelecimento do contribuinte.

Em pauta suplementar esta 1ª CJF decidiu pelo indeferimento da diligência sugerida pela PGE/PROFIS, visto que as notas fiscais, constantes nos autos, são provas documentais suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir as existentes nos autos, uma vez que a alegação de que estas mercadorias foram devolvidas aos seus respectivos fornecedores, nos próprios documentos fiscais, não foi devidamente comprovada pelo recorrente.

Em Parecer conclusivo, às fls. 1114 e 1115, a PGE/PROFIS é pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto, eis que as razões recursais são insuficientes para alterar a Decisão recorrida, visto que o cerne do lançamento reside na entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro fiscal, e o contribuinte não apresenta nenhum argumento capaz de descaracterizar o acerto do procedimento fiscal, o qual está respaldado em notas fiscais comprobatórias da realização das operações. Destaca que as preliminares ventiladas, desde a defesa inicial, já foram acertadamente afastadas pela JJF, em Decisão fundamentada. Por fim, ressalta que a própria natureza das operações com fornecedores estabelecidos em outras unidades da Federação, inviabiliza a realização de qualquer diligência pelo Fisco baiano, cabendo ao sujeito passivo produzir a prova material do efetivo retorno das mercadorias aos estabelecimentos remetentes.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, tão-somente quanto à primeira infração, único objeto do referido Recurso Voluntário.

Preliminarmente, rejeito os pedidos de nulidade argüidos pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Também rejeito o pedido de perícia ou de diligência junto aos seus fornecedores, pois os autos encontram-se devidamente instruídos, cujas provas documentais e números apurados, em momento algum, foram destituídos ou mesmo contestados pela peça de defesa. Assim, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, indefiro o referido pedido.

Conforme já consignado no Parecer da PGE/PROFIS, as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, as quais foram também argüidas na sua impugnação ao Auto de Infração, já foram acertadamente afastadas pela JJF, em Decisão fundamentada.

Naquela oportunidade foi dito que, embora o § 4º do artigo 150 do CTN estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual após decorridos cinco anos previstos legalmente, é aceito pelo sujeito ativo da relação tributária.

Contudo, tal entendimento não se pode aplicar quanto às operações e lançamentos em que o sujeito passivo omite do Fisco, deixando de oferecer a tributação, levando o Poder Tributante a recuperá-los mediante lançamento de ofício. Tal entendimento não pode ser diferente, uma vez que se não houve lançamento e, conseqüentemente, oferecimento à tributação, por questão de inteligência não se pode falar em *“tributos sujeitos ao lançamento por homologação”*.

Assim, neste caso, o prazo para contagem da decadência deve ser o previsto no artigo 173, inciso I, do CTN, o qual estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No presente caso, o descumprimento da obrigação tributária acessória ocorreu no período de janeiro a novembro de 1999 e o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2004, portanto dentro do prazo para a constituição do crédito tributário, o qual se extinguiria em 31/12/2004. Portanto, não se operou a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Quanto às alegações de que as mercadorias retornaram aos estabelecimentos remetentes com a mesma nota fiscal originária; de que a acusação baseada tão-somente no relatório de fronteiras, não prova que tais mercadorias tenham dado entrada no estabelecimento, e que a Administração não pode exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, o que por si só já resultaria em nulidade do procedimento e, conseqüentemente, na inexigibilidade dos valores lançados, inclusive por cerceamento do seu direito de defesa, posto que não sabe o que precisa provar para se defender, entendendo-as totalmente descabidas, pelas seguintes razões:

1ª) As notas fiscais constantes nos autos, capturadas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias, quando destinadas ao autuado, são provas documentais suficientes da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir as existentes nos autos.

Devo ressaltar, a título de exemplo, a existência de documento fiscal com aposição de carimbo da Transportadora BOMPREGO LTDA, atestando o recebimento da mercadoria, conforme Nota Fiscal nº 42299 e CTRC n.º 307364, ínsitas nos autos às fls. 298 e 299.

Também, há de se registrar a existência em diversas notas fiscais de número do pedido, número da duplicata mercantil, dados do transportador, os quais evidenciam, inequivocamente, a realização das operações mercantis dos produtos entre os fornecedores e o recorrente.

Portanto, tais provas documentais caracterizam a aquisição de tais produtos e, por via de conseqüência, a entrada das mercadorias no estabelecimento destinatário, salvo prova em contrário de ônus do próprio contribuinte.

2ª) por outro lado, a alegação de que foram todas estas mercadorias devolvidas aos seus respectivos fornecedores nos próprios documentos fiscais, não foi devidamente comprovada pelo recorrente, o qual cabe a prova referente à sua alegação. Às fls. 1105 a 1108 dos autos, foram

anexadas cópias das Notas Fiscais de nºs 135618; 163044; 163045 e 163046, emitidas pela GILLETTE DO BRASIL LTDA, objetivando respaldar a devolução, sem contudo lograr êxito, pois as referidas notas fiscais consignam como natureza de operação “VENDA PROD. ESTABELECIMENTO”; “VENDA MERC. ADQ. TERCEIROS” e “VENDA MERC. ADQ. TERC. S. TRIB.”, sendo imprópria à pretensão do recorrente.

Assim, entendo que a acusação está devidamente respaldada em provas documentais, inexistindo qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, porém, de forma ineficaz por não ter sido acompanhada de provas que viessem a destituir as existentes nos autos.

No tocante às seis notas fiscais comprovadamente registradas na escrita fiscal do contribuinte, foram objetos de reconhecimento pelos autuantes e de exclusão do montante exigido, quando da sua informação fiscal, o que foi relevado na Decisão recorrida. Tal circunstância não inquina de nulidade o Auto de Infração, como deseja o recorrente, sendo apenas uma questão de mérito, devidamente avaliada, onde reduziu o valor original exigido de R\$ 457.676,42 para R\$ 445.275,04, conforme demonstrado à fl. 1038 dos autos, do que foi dada ciência ao contribuinte, consoante fls. 1043 e 1044.

Por fim, quanto à aplicação da taxa de SELIC, entendo que estar de acordo com a previsão legal, não sendo este tribunal administrativo o fórum adequado para discussão sobre legalidade, mas, sim, para o cumprimento do dispositivo legal.

Enfim, nenhuma prova foi trazida ao processo para sustentar a alegação de defesa, sendo todas as hipóteses meras conjecturas.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, diante das provas documentais constantes dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207494.0001/04-1**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$129.434,17**, sendo R\$121.478,74, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$7.955,43, acrescido da multa de 60%, prevista no art. VII, “b”, da citada lei, e dos acréscimos legais, além da multa no montante de **R\$445.275,04**, atualizada monetariamente, prevista no inciso IX do mesmo artigo e diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS – REPR. DA PGE/PROFIS