

A. I. N° - 207494.0002/04-8
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTES - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA e REGINALDO C. DE MEDEIROS FILHO
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 26. 10. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0407-04/04

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Autuado comprova a escrituração de apenas uma das notas fiscais consideradas não registradas. Refeito os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar o seu recolhimento por antecipação quando da entrada da mesma no território deste Estado. Efetuada correção no cálculo do imposto. Autuantes acolhem as argumentações defensivas, reduzindo o valor autuado. Infração parcialmente comprovada. 3. CRÉDITO FISCAL. BENS DO ATIVO FIXO UTILIZADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL DO CRÉDITO FISCAL. Procedimento em desacordo com a legislação. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/04, exige ICMS no valor de R\$83.145,13, além de impor multa no valor de R\$38.908,99, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi aplicada a multa no valor de R\$38.908,99;
2. Efetuou o recolhimento a menos do imposto por antecipação no valor de R\$68.985,60, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária;
3. Falta de estorno de crédito no valor de R\$14.159,53, referente aos bens do ativo permanente que foram utilizados na comercialização de mercadorias cujas saídas foram efetuadas como operações isentas ou não tributadas;

O autuado ao impugnar parcialmente o lançamento fiscal, fls. 496/504, transcreveu, inicialmente,

os termos da acusação fiscal, bem como citou os dispositivos do RICMC/97 tidos como infringidos e da multa aplicada, com base na Lei nº 7.014/96.

Em seguida, disse reconhecer o crédito tributário referente à infração 3, para o qual solicitou a expedição do DAE, para que seja efetivado o recolhimento do imposto correspondente.

Com relação às infrações não reconhecidas, o autuado apresentou os seguintes argumentos para refutá-las:

Infração 1 - Argumenta que o autuante se limitou a alegar que a empresa não escriturou a aquisição de mercadorias no período de 31/01/00 a 31/12/00, baseado no relatório do CFAMT e no SINTEGRA, sem analisar cuidadosamente os documentos fiscais, já que alguns foram escriturados, conforme exemplo em anexo (doc. 3), enquanto outras não deram entrada em seu estabelecimento, pelo fato do seu retorno ao remetente, o que inquina de nulidade o Auto de Infração, pois demonstrada a falta de clareza e imprecisão do lançamento fiscal.

Salienta que é uma empresa tradicional que atua no ramo de supermercados e registra todas as notas fiscais das mercadorias que dão entrada em seu estabelecimento, salvo quando ocorre alguma falha humana que raramente acontece.

Aduz que não pode registrar no livro de Entrada mercadorias que não deram entrada no seu estabelecimento, ou porque não foram compradas ou retornaram ao remetente por estarem em desacordo com o pedido.

Assevera que não está obrigado, nos termos dos arts. 229, VI, 636, II, “b”, do RICMS/BA., a registrar nota fiscal, no caso de retorno da mercadoria rejeitada, cujos dispositivos prevêm que em tal situação a mercadoria circula com o mesmo documento originário, cabendo ao seu remetente a emissão da nota fiscal de entrada.

De acordo com o autuado, não pode a SEFAZ exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, já que o processo administrativo se rege pela verdade material dos fatos, oportunidade em citou ensinamento de autor que indica, além de transcrever o teor dos arts. 18, seu inciso IV e alínea “a” e 39, seu inciso III, todos do RPAF/99, em apoio ao alegado.

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado às fls. 499 a 500, alegou que para ter validade o lançamento tem que ser claro, límpido, de modo tanto a estar provado o fato gerador, como correta e claramente tipificado, cuja prova deve ser produzida pelo fisco, oportunidade em que transcreveu entendimento de professores que indica e de jurisprudência de Tribunais Superiores, bem como de decisão deste CONSEF, em apoio ao alegado. Requer a nulidade da infração, já que fundamentada em nenhuma prova das ilegalidades imputadas.

Infração 2 - Alega que a imputação não está amparada em provas que demonstrem a natureza da diferença apontada pelo autuante.

Segundo o autuado, o valor encontrado pelo autuante decorreu de cálculos errados, já que se considerar a margem de agregação e a alíquota utilizada pelo mesmo, o cálculo correto seria o demonstrado na planilha em anexo (Doc. 4), o que implica em mais um vício que enseja a nulidade do Auto de Infração. Cita ensinamento de autor que indica, bem como de Ementa do CONSEF, além de transcrever o teor dos arts. 2º e 18, II, do RPAF/99. Requer, em razão dos erros no cálculo do imposto pelo autuante, que a exigência fiscal seja anulada ou julgada improcedente.

Continuando em sua defesa, o autuado, às fls. 502 e 503, diz ser indevida a aplicação da taxa SELIC nas relações tributárias, bem como tece considerações sobre a expressão “in dubio pro contribuinte”, além de citar o art. 112 e seus incisos I a IV, do CTN, bem como entendimento de Tribunais sobre o assunto.

Ao finalizar, requer o julgamento nulo ou improcedente do Auto de Infração, além de protestar pela posterior juntada de documentos, bem como pela produção de todos os meios de prova permitidos em direito, inclusive a realização de perícia e diligência, oportunidade em que indicou as questões a serem respondidas, caso as mesmas sejam deferidas.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 545 a 549 dos autos, transcreveram, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como fizeram um resumo das alegações defensivas em relação às infrações 1 e 2.

Acerca das infrações impugnadas, os autuantes assim se manifestaram sobre a defesa formulada pelo sujeito passivo:

Infração 1 - Alegam que o autuado somente comprovou a escrituração em seu livro Registro de Entradas da Nota Fiscal nº 527113, cujo argumento acatam, o que reduz o valor da multa tendo como data de ocorrência o dia 31/08/00 para R\$4.929,73.

Quanto às demais notas que segundo o autuado não foram registradas, pelo fato das mercadorias nelas consignadas não haverem entrado no seu estabelecimento, em virtude do seu retorno ao remetente, por estarem em desacordo com o pedido ou por não terem sido compradas, esclarecem que em todas elas constam como endereçadas a empresa, cujos dados cadastrais coincidem com o do estabelecimento. Aduzem que, se não houve o recebimento das mercadorias, cabe ao destinatário utilizar todas as provas disponíveis para comprovar tal ocorrência. Ressaltam que durante a ação fiscal, foi expedida uma intimação à empresa em 11/06/04 (fls. 07, 08 e 550 dos autos), para que fosse apresentada a prova da escrituração das notas fiscais ou de que não deram entrada no estabelecimento, no entanto, não foram atendidos até o encerramento da ação fiscal, tampouco foi anexado em sua impugnação qualquer documento.

Infração 2 - Argumentam que o autuado equivoca-se ao alegar que o valor encontrado decorreu de cálculo errado, tendo em vista que a planilha apresentada apenas altera o valor de algumas notas fiscais constantes no Demonstrativo de Antecipação Tributária Calculada a Menor (fls. 9 a 14).

Esclarecem que acatam as provas apresentadas, passando o valor da infração cobrado de R\$68.985,60 para R\$61.320,00, conforme planilha que elaboraram à fl. 548.

Prosseguindo em sua informação, os autuantes em relação à alegação do autuado de nulidade por cerceamento de defesa, disseram que por tudo o que está comprovado nos autos, bem como no que foi exposto nesta informação, não prospera tal alegação.

Quando a alegação defensiva de que é indevida a aplicação da taxa SELIC nas relações tributárias, entende que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA., além do que, com base no disposto no art. 167, I, do RPAF/99, não é de suas competências discutir a inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de Lei ou Ato Normativo emanado do Secretário da Fazenda ou do Governador do Estado.

Sobre o argumento do autuado de que “IN DÚBIO PRO CONTRIBUINTE”, com base no art. 112, do CTN, o qual estabelece que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, aduzem que tal entendimento não se aplica ao presente Auto de Infração, uma vez que o mesmo foi lavrado de acordo com a legislação que rege o ICMS, cujas infrações apontadas estão comprovadas e respaldadas em documentos anexos ao PAF.

Ao finalizarem, os autuantes dizem manterem a autuação, com a retificação dos valores cobrados nas infrações 1 e 2 para as importâncias de R\$38.697,74 e R\$61.320,00, respectivamente.

O autuado, conforme intimação e AR às fls. 551/52, foi cientificado pela IFEP para tomar ciência

da informação fiscal dos autuantes, quando foi concedido o prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Em nova manifestação às fls. 554 a 561, o autuado, no tocante à infração 2, disse que ao ser constatado o equívoco na utilização da margem de agregação, quanto ao cálculo do imposto antecipado, decidiu pagar o crédito tributário remanescente no valor de R\$61.320,00, cujo comprovante de pagamento será anexado aos autos.

Com referência a infração 1, o autuado disse que não pode prevalecer as razões do autuante e repete argumento apresentado em sua impugnação inicial ao lançamento, onde alega que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação retornaram ao estabelecimento remetente.

Assevera que os autuantes transferiram o ônus da prova para o impugnante, que não tem poder de fiscalização e de polícia. Diz que pelo fato das mercadorias não terem entrado em seu estabelecimento, não ficou com as cópias das notas fiscais e que vem tentando junto aos fornecedores obter a comprovação do alegado, o que não tem sido fácil e rápido. Aduz que a fiscalização que tem o poder de exigir a exibição de documentos poderia auxiliar no trabalho de busca da verdade material, determinando a intimação dos fornecedores no sentido de informarem o retorno das mercadorias objeto da autuação.

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado repete argumentos já apresentados anteriormente, além de transcrever ementas deste CONSEF ao julgar Autos de Infração lavrados pela fiscalização.

Às fls. 359 a 361, o autuado volta a se reportar sobre a inaplicabilidade da taxa SELIC para as relações tributárias, além de tecer considerações acerca do termo “In dúvida pro contribuinte”, com base no CTN e em entendimento de tribunais.

Ao finalizar, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo por cerceamento do direito de defesa ou improcedente, além de protestar pela juntada posterior de provas.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo para as infrações 1 e 2, pelos seguintes motivos:

I - Em relação à infração 1, observei que os autuantes como prova da infração, elaboraram o Demonstrativo de fls. 7 e 8, onde estão listadas as notas fiscais de compras efetuadas pelo autuado e não lançadas em sua escrita fiscal, além de terem anexados às fls. 17 a 66 as vias dos referidos documentos, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme documento à fl. 550. Se as mercadorias não deram entrada no estabelecimento, conforme alegado pelo autuado, caberia ao mesmo obter dos seus fornecedores cópias das notas fiscais emitidas, em que constasse no verso declarações de que as mercadorias nelas consignadas foram objeto de devolução, bem como da nota fiscal de entrada correspondente a operação e do livro Registro de Entradas, onde foi efetuada a sua escrituração, cuja prova é de responsabilidade do autuado;

II - Quanto à infração 2, verifiquei que o autuado em sua segunda manifestação nos autos, acatou os novos valores apontados como devidos pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, portanto, não há que se falar em nulidade do lançamento em relação a esta infração.

Com base na explanação acima, afasto as preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo.

No tocante ao pedido de diligência ou perícia formulado pela defesa, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos pelos autuantes são suficientes para decidir acerca da presente lide.

Quanto ao questionamento do autuado sobre a inaplicabilidade da taxa SELIC nas relações tributárias, segundo o qual extrapola o percentual de 1% previsto no art. 161, do CTN, o que a torna inconstitucional, esclareço que nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Adentrando no mérito da autuação, constato que o autuado em sua defesa acatou a infração 3, fato que comprova o acerto da ação fiscal, pelo que mantenho a exigência.

Acerca da infração 2, por ter o autuado acatado o valor de R\$61.320,00 apontado pelos autuantes como o devido, só resta a este relator manter parcialmente a referida infração.

Com referência a infração 1 e objeto de impugnação, entendo razão assistir ao autuado apenas quanto à Nota Fiscal nº 527113, a qual foi devidamente lançada em sua escrita fiscal, fato que foi acatado pelos autuantes quando prestaram a informação fiscal, com os quais concordo.

Relativamente às demais notas não lançadas, a alegação defensiva de que as mercadorias nelas consignadas retornaram ao estabelecimento remetente, não merece a minha acolhida, haja vista não ter sido juntada pela defesa qualquer documentação comprobatória.

De acordo com o disposto no § 5º, do art. 123, do RPAF/99, a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito do impugnante fazê-la em outro momento processual, salvo nas situações indicadas nos incisos I a III do referido dispositivo.

Tendo em vista que o autuado não comprovou nos autos de que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação retornaram ao estabelecimento remetente, entendo parcialmente caracterizada a infração, no valor de R\$38.697,74, cuja exigência tem respaldo legal no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir ICMS no valor de R\$75.480,13, além do pagamento da multa no valor de R\$38.697,74, conforme demonstrativo a seguir, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Infração 01 - 16.01.01

Data Ocorrência.	Data Venc.to.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vlr.do Débito
31/01/2000	09/02/2000	5.466,43	-	10	546,64
28/02/2000	09/03/2000	11.899,55		10	1.189,95
31/03/2000	09/04/2000	33799,47		10	3.379,94
30/04/2000	09/05/2000	17804,01		10	1.780,40
31/05/2000	09/06/2000	18250,61		10	1.825,06
30/06/2000	09/07/2000	9419,48		10	941,94
31/07/2000	09/08/2000	35131,03		10	3.513,10
31/08/2000	09/09/2000	49297,3		10	4.929,74
30/09/2000	09/10/2000	104067,39		10	10.406,73
31/10/2000	09/11/2000	65673,3		10	6.567,33
30/11/2000	09/12/2000	34170,04		10	3.417,04
31/12/2000	09/01/2001	1998,79		10	199,87
TOTAL					38.697,74

Infração 02 -01.02

Data Ocorrência	Data Vencº	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vlr.. Devido
31/01/2000	09/02/2000	12.484,11	17,00	60	2.122,30
28/02/2000	09/03/2000	22.492,76	17,00	60	3.823,77
31/03/2000	09/04/2000	31376,47	17,00	60	5.334,00
30/04/2000	09/05/2000	45.667,35	17,00	60	7.763,45
31/05/2000	09/06/2000	36.905,17	17,00	60	6.273,88
30/06/2000	09/07/2000	30.721,29	17,00	60	5.222,62
31/07/2000	09/08/2000	8.086,76	17,00	60	1.376,45
31/08/2000	09/09/2000	29.802,82	17,00	60	5.066,48
30/09/2000	09/10/2000	60.964,82	17,00	60	10.364,02
31/10/2000	09/11/2000	20.654,23	17,00	60	3.511,22
30/11/2000	09/12/2000	8.840,82	17,00	60	1.502,94
31/12/2000	09/01/2001	52.702,76	17,00	60	8.959,47
TOTAL					61.320,60

Infração 03 - 01.05.88

Data Ocorrência	Data Vencº	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vlr. Devido
31/01/2004	09/02/2004	21.636,47	17,00	60	3.678,20
29/02/2004	09/03/2004	20.435,82	17,00	60	3.474,09
31/03/2004	09/04/2004	22.440,00	17,00	60	3.815,48
30/0/04	09/05/2004	18.775,05	17,00	60	3.191,76
TOTAL					14.159,53

TOTAL DO DÉBITO	114.177,87
-----------------	-------------------

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **207494.0002/04-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.480,13**, sendo R\$52.361,13, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e o valor de R\$23.119,00, acrescido de idêntica multa, prevista nos incisos II, “d” e VII, “b”, e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa no valor de **R\$38.697,74**, sendo R\$38.497,87, atualizado monetariamente, e R\$199,87 com os acréscimos legais, prevista no inciso IX do mesmo artigo e lei antes citados, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA