

PROCESSO - A. I. Nº 207494.0002/04-8
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0407-04/04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0077-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O autuado comprova a escrituração de apenas uma das notas fiscais consideradas não registradas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, ora recorrente, BOMPREGO BAHIA S/A., tendo em vista o Auto de Infração nº 207494.0002/04-8, declarado Procedente em Parte no Acórdão JJF nº 0407-04/04, pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

O Auto de Infração fora lavrado em 30/06/04, para exigir ICMS no valor de R\$83.145,13, além de 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 impugnara parcialmente o lançamento fiscal, fls. 496 a 504, dizendo reconhecer o crédito tributário referente à infração 3, para o qual solicitou a expedição do DAE, para que fosse efetivado o recolhimento do imposto correspondente.

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

- quanto à Infração 1, que o autuante se limitara a alegar que a empresa não escriturara 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;
- que é empresa tradicional no ramo de supermercados e que registra todas as notas fiscais das mercadorias que dão entrada em seu estabelecimento, salvo quando raramente ocorre falha humana;

- 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;
- 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;
- que a SEFAZ não pode exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, já que o processo administrativo se rege pela verdade material dos fatos, conforme doutrina, e arts. 18, seu inciso IV e alínea “a” e 39, seu inciso III, todos do RPAF/99;
- 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 não fundamentadas.

Em relação à infração 2 o autuado alegara que a imputação não estaria amparada em provas que demonstrassem a natureza da diferença apontada pelo autuante e que o valor encontrado pelo autuante teria decorrido de cálculos errados, já que se considerara a margem de agregação e a alíquota utilizada pelo autuante, o cálculo correto seria o demonstrado na planilha que anexara, o que implicaria em mais um vício que ensejaria a nulidade do Auto de Infração, conforme doutrina, jurisprudência deste CONSEF, e arts. 2º e 18, II, do RPAF/99. Por isso requerera que a exigência fiscal fosse anulada ou julgada improcedente.

Ainda, alegara em sua defesa o autuado, às fls. 502 e 503, ser indevida a aplicação da taxa SELIC nas relações tributárias, e tecera considerações sobre a aplicação do princípio “*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.

Por fim, o autuado requerera o julgamento pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração, e protestara pela posterior juntada de documentos e produção de todos os meios de prova permitidos em direito, inclusive perícia e diligência, oportunidade em que indicou as questões a serem respondidas, caso as mesmas fossem deferidas.

Os autuantes, em informação fiscal de fls. 545 a 549 dos autos, em relação à Infração 1 alegaram que o autuado somente comprovou a escrituração em seu livro Registro de Entradas da Nota Fiscal nº 527113, cujo argumento acataram, reduzindo o valor da multa correspondente à data de ocorrência o dia 31/08/00 para R\$4.929,73. Quanto às demais notas fiscais não registradas, esclareceram que todas estão endereçadas à empresa, com os dados cadastrais do estabelecimento e que, se não houve o recebimento das mercadorias, caberia ao destinatário comprovar tal ocorrência, e que durante a ação fiscal, a 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 não foi atendida até o encerramento da ação fiscal, tampouco foi anexado na impugnação qualquer documento.

Quanto à Infração 2 os autuantes informaram que o autuado se equivocara ao alegar 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) e que acatavam 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.

Os autuantes informaram, em relação à alegação de nulidade por cerceamento de defesa, que tudo está comprovado nos autos e quanto à alegação de que a taxa SELIC seria inaplicável nas

relações tributárias, que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA., além de que o art. 167, I, do RPAF/99, retira 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 a aplicação do princípio “IN DÚBIO PRO CONTRIBUINTE”, em caso de dúvida na interpretação da norma jurídica, aduzem que não se aplica ao presente lançamento, vez que foi lavrado de acordo com a legislação que rege o ICMS, que as infrações apontadas estão comprovadas e respaldadas em documentos anexos ao PAF.

Ao final, os autuantes mantiveram 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 disse que decidiu pagar o crédito tributário remanescente no valor de R\$61.320,00, cujo comprovante de pagamento será anexado aos autos (infração 2).

Com referência a infração 1, o autuado insistiu em que não poderiam prevalecer as razões dos autuantes e repetiu a argumentação inicial, onde alegara que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação teriam retornado ao estabelecimento remetente e que os autuantes transferiram o ônus da prova para o impugnante, que não tem poder de fiscalização e de polícia. Dissera o autuado, também, que não ficara com as cópias das notas fiscais, pelo fato das mercadorias não terem entrado em seu estabelecimento, e que vem tentando junto aos fornecedores obter a comprovação do alegado, o que não tem sido fácil e rápido e 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.

O autuado repete argumentos já apresentados anteriormente, além de transcrever ementas deste CONSEF ao julgar Autos de Infração lavrados pela fiscalização, volta a se reportar sobre a inaplicabilidade da taxa SELIC para as relações tributárias, além de tecer considerações acerca do termo “In dubio pro contribuinte”, com base no CTN e em entendimento de tribunais, para ao final requerer que o Auto de Infração fosse julgado nulo por cerceamento do direito de defesa ou improcedente, além de protestar pela juntada posterior de provas.

Em seu 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 que elabora, homologando os valores efetivamente recolhidos, o digno relator do processo em primeira instância, Dr. ANTONIO AGUIAR DE ARAÚJO, afastou as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo para as infrações 1 e 2, pelos seguintes motivos:

- I. Em relação à infração 1, porque consta dos autos 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 anexados às fls. 17 a 66 as vias dos referidos documentos, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme documento à fl. 550. Porque caberia ao autuado 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, porque o autuado em sua segunda manifestação nos autos acatou os novos valores apontados como devidos pelos autuantes.

No tocante ao pedido de diligência ou perícia formulado pela defesa, o indefiniu o d. relator, 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 à suposta inaplicabilidade da taxa SELIC nas relações tributárias, por extrapolar o percentual de 1% previsto no art. 161, do CTN, o que a tornaria inconstitucional, esclareceu que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, constatando que o autuado em sua defesa acatara a infração 3, manteve a exigência. quanto à infração 2, por ter o autuado acatado o valor de R\$61.320,00 apontado pelos autuantes como o devido, manteve parcialmente a referida infração.

Com referência à infração 1, objeto de impugnação, entendendo razão assistir ao autuado, apenas, quanto à Nota Fiscal nº 527113, que 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 mereceram acolhida do d. relator, por não ter sido juntada pela defesa qualquer documentação comprobatória e que de acordo com o § 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. Como o autuado não comprovou nos autos de que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação retornaram ao estabelecimento remetente, entendeu o julgador caracterizada parcialmente a infração no valor de R\$38.697,74, exigência que tem respaldo legal no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Em peça recursal de fls. 586 a 596, o autuado, ora recorrente, faz breve resumo da demanda, esclarece os procedimentos da empresa no caso de retorno ao estabelecimento remetente de mercadorias não recebidas em seu estabelecimento, alega que o controle de fronteira não é prova suficiente da entrada de mercadorias, que por comodidade o Fisco não lhe examinou a escrita contábil, e insiste que houve inversão do ônus da prova.

Discorrendo sobre o entendimento de doutrinadores, pede a nulidade da acusação em relação à infração correspondente ao item 1 do Auto de Infração, seja por falta de provas, seja por cerceamento do direito de defesa.

O recorrente ainda volta a insistir na alegação de inconstitucionalidade e de ilegalidade da aplicação da taxa SELIC, com base nas mesmas alegações de que a referida taxa se prestaria apenas às relações econômico-financeiras.

No mérito, pede a aplicação do princípio IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE, sem, no entanto esclarecer qual a dúvida razoável da interpretação de lei e pede a reforma da Decisão para que seja julgado Improcedente o Auto de Infração.

Submetido o processo à PGE/PROFIS, a Dra. Sylvia Amoêdo rechaça de pronto a alegação relativa à inaplicabilidade da taxa SELIC, face a autorização legislativa para que os Estados atualizem seus créditos tributários como a União.

A Douta procuradora examina e enfrenta todas as alegações do recorrente e opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Em relação à alegação de nulidade da infração 1, por falta de provas, a afasto pelas mesmas razões apresentadas pelo D. relator em seu voto. Efetivamente consta dos autos o Demonstrativo de fls. 7 e 8, onde estão listadas as notas fiscais de compras efetuadas pelo sujeito passivo autuado e não lançadas em sua escrita fiscal, e anexadas às fls. 17 a 66 as vias dos referidos

documentos, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme documento à fl. 550. Assim não há porque acolher a alegação de nulidade. Além de que poderia o autuado obter dos seus fornecedores, com quem evidentemente mantém intenso e regular relacionamento comercial, 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. Também não acolho a alegação de nulidade por suposto cerceamento do direito de defesa, posto que a empresa autuada teve acesso a todos os documentos e diversas oportunidades para demonstrar provas capazes de afastarem as acusações fiscais, sem que o fizesse.

No mérito, acolho o Parecer opinativo da PGE/PROFIS pelas seguintes razões: o lançamento foi efetuado na forma prevista na legislação, sendo procedimento corriqueiro na fiscalização de trânsito. O autuado poderia ter afastado a acusação solicitando cópia dos documentos com a respectiva anotação no verso, como previsto em Regulamento. Se não o fez, evidentemente, é porque não poderia fazer a referida prova, o que autoriza a presunção legal de que deu entrada nas mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal.

Não acolho a aplicação do princípio IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE, por não se caracterizar situação fática que a justifique. O autuado entendeu perfeitamente a acusação fiscal e não demonstrou dúvida de interpretação razoável.

Afasto também alegação referente à aplicação da Taxa SELIC, em face da previsão legal para sua aplicação, daí porque acolho a manifestação da PGE/PROFIS. Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros 2ª 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 **207494.0002/04-8**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente 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, 07 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

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