

PROCESSO - A. I. Nº 089599.0002/04-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA S/A
RECORRIDOS - BOMPREÇO BAHIA S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0023-01/05
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 20/05/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0131-11/05

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. BENS SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Comprovada a infração. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE ATIVO. Exigência subsistente em parte após correção dos cálculos. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Falta de estorno dos créditos referentes às aquisições de bens do ativo, em razão da proporcionalidade de 1/60 (um sessenta avos), prevista, à época, sobre o valor das saídas isentas e não tributadas. Infração subsistente. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. Infração caracterizada. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovada a utilização do crédito total destacado nas notas fiscais de aquisição de bens do ativo fixo, sem considerar a proporcionalidade 1/48 (um quarenta e oito avos), além do crédito a maior referente a Títulos de Incentivo à Cultura. Infração subsistente. Rejeitados os pedidos de nulidade, diligência e perícia. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0023-01/05, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, relativo à segunda infração, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o valor de R\$539.638,07, em razão:

1. Da multa, no valor de R\$11.880,67, correspondente a 10% do valor comercial dos bens do ativo fixo, sujeitos à tributação, entrados no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, inerente às Notas Fiscais nºs: 12552; 12602; 12612 e 12619, emitidas em fevereiro de 2000;
2. Do recolhimento a menos ou da falta de recolhimento da diferença de alíquotas, no montante de R\$209.224,64, nas aquisições interestaduais de bens do ativo fixo, no exercício de 2000;
3. Do recolhimento a menos do ICMS, no montante de R\$317.817,58, no período de 02/2001 a 12/2003, pela falta de estorno dos créditos de 1/60 (um sessenta avos) das saídas isentas e não tributadas e do total das saídas, utilizados pelo pagamento do diferencial de alíquotas, correspondentes às aquisições de bens do ativo;
4. Da multa, no valor de R\$140,00, por escriturar, nos exercícios de 2000 a 2003, o Livro Registro de Saídas sem discriminar as alíquotas e os valores correspondentes;

5. Da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$575,18, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, lançando o crédito total destacado nas notas fiscais, relativas aos meses 01, 04 e 05/2001, como também pelo crédito a maior do incentivo à cultura, nos meses 11 e 12/2001.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$496.985,24, sendo R\$484.964,57 relativo ao imposto e R\$12.020,67 referente à multa, após rejeitar as preliminares de nulidades e indeferir os pedidos de diligência e de perícia, diante dos seguintes entendimentos:

1. Não vislumbrar qualquer vício de ilegalidade ou constitucionalidade na utilização da taxa SELIC em matéria tributária, conforme alegou o autuado;
2. Que não há dúvida quanto à capitulação legal do fato, à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, à autoria, imputabilidade, ou punibilidade, ou à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação, conforme previsto nos incisos do art. 112 do CTN;
3. Que não houve cerceamento de defesa e que o lançamento contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, sendo suficientes as suas descrições para demonstrar as infrações, juntamente com os demonstrativos e a informação fiscal, a qual foi disponibilizada ao autuado. Ademais, o autuado demonstrou ter pleno conhecimento das acusações, tanto que efetuou defesa em relação a cada item da autuação;
4. Que devem ser indeferidos os pedidos de perícia e diligência, pois os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores, bem como a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, além dos quesitos formulados estarem respondidos nos demonstrativos constantes dos autos e na informação fiscal;
5. Quanto ao mérito, inerente à primeira infração, entende a JJF que está caracterizada, pois o autuado não questionou a falta de escrituração das notas fiscais, alegando apenas que a multa é exorbitante e solicitando a sua redução, porém sem nenhuma prova de que a tenha cometido sem dolo, fraude ou simulação, condição necessária para a concessão da redução;
6. Em relação à segunda infração, a Decisão foi no sentido da subsistência parcial, no valor de R\$166.571,81, após acolher a alegação do autuado de que o diferencial de alíquota referente à Nota Fiscal nº 11.537, de 13/04/2000, fora calculado errado no valor de R\$41.238,25, quando deveria ser R\$1.196,54, o que foi reconhecido pela autuante tal erro (Notas Fiscais nºs 11.537 e 21.802) e feito às devidas retificações nos demonstrativos que anexou à informação fiscal, reduzindo os valores referentes aos meses 03 e 04/2000 para, respectivamente, R\$41.602,47 e R\$117.859,34.
7. No tocante à terceira infração, foi firmado que o autuado está equivocado quanto ao seu entendimento de que o estorno somente se aplicava quando o bem do ativo fixo fosse utilizado na produção de mercadorias ou na prestação de serviços isentos e não tributados, pois o mesmo está previsto no §5º do art. 20 c/c os §§5º, 6º e 7º do art. 21 da Lei Complementar nº 87/96, com a redação vigente à época. Assim, da análise dos demonstrativos anexados aos autos, foi decidido pela subsistência da exigência.
8. Quanto à quarta infração, entendeu a JJF que a mesma está caracterizada, visto que a multa foi aplicada porque não foram transcritos os valores apurados na redução Z corretamente, já que não o desdobrou em tantas linhas quantas foram às alíquotas aplicadas, lançando o valor total sempre pela alíquota de 25%, o que demonstra a infração ao §3º do art. 323 do RICMS/97.
9. No tocante à quinta infração, foi ressaltado que a infração está devidamente demonstrada nos autos, uma vez que houve alteração na regra para lançar o crédito no livro Registro de Entradas referente às aquisições de bens para o ativo, o qual passou a ser de 1/48 (um quarenta e oito avos) do valor destacado na nota fiscal e não mais pelo seu total como fez o

autuado, conforme determinação do art. 93, §17, I do RICMS/97, além do lançamento a maior nos meses 11 e 12/2001 a título de incentivo à cultura.

No Recurso Voluntário, o recorrente limita-se a repetir, literalmente, todas as suas alegações apresentadas quando da sua impugnação ao Auto de Infração, inclusive à relativa à segunda infração, objeto de reconhecimento pela autuante e de acolhimento pela JJF, conforme resumo a seguir:

- Argui ser nulo o lançamento fiscal por violar as regras dos arts. 18, IV, “a” e 39, III, do RPAF/99, e que o mesmo deve ser acompanhado da prova, a qual deve ser produzida pelo fisco. Entende que o demonstrativo anexado aos autos não esclarece nem prova coisa alguma. Cita doutrina e julgados e suscita a nulidade da autuação em razão de cerceamento de defesa.
- Defende que deixar de aplicar a taxa SELIC não é declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma que a instituiu, mas uma questão de escolher a norma válida a seguir, não podendo ser aplicada às relações tributárias, servindo única e exclusivamente às relações econômico-financeiras.
- Que o valor da multa exigida na primeira infração é exorbitante, por ser superior ao valor da diferença de alíquota devido na operação, devendo ser reduzido o seu valor para 1% do valor comercial das mercadorias, nos termos do art. 915, X do RICMS/97, mediante a aplicação da analogia com base no art. 108, I do CTN, visto que não houve prejuízo aos cofres estaduais nem dolo, fraude ou simulação, sendo o maior prejudicado por não ter se creditado do imposto destacado nos documentos fiscais. Cita doutrina e alguns julgados do TRF e do STF relativos a multas de natureza confiscatória;
- Entende nulo o Auto de Infração visto que não é clara nem precisa a segunda infração, na medida que não se sabe quais valores se referem à falta de recolhimento ou recolhimento a menor nos demonstrativos constantes da descrição da infração. Ressalta que a existência de erro na exigência do diferencial de alíquota referente à Nota Fiscal nº 11.537, o qual foi calculado errado no valor de R\$41.238,25, quando deveria ser R\$1.196,54;
- No tocante à Infração 3, afirma que também é nulo o lançamento fiscal, já que a planilha elaborada pela autuante é incompreensível. Questiona a existência de valores iguais de estorno, já que o volume de saídas varia em cada mês, e assevera que a parcela mensal apurada de R\$7.671,46 é absurda e inadmissível, quando o correto seria aplicar os valores indicados na coluna “Estorno p/ saídas isentas/NT”, conforme planilha à fl. 354. Alega também que foi utilizado errado o valor de R\$493.594,52 do estorno do mês 12/2000, que foi aplicado indiscriminadamente para o período de 02/2001 a 11/2003, pois tal valor já corresponde ao saldo acumulado de todos os créditos de ICMS dos bens do ativo fixo adquiridos no período de 12/1999 a 12/2000. Alega ainda que, mesmo que os cálculos estivessem corretos, o lançamento fiscal é improcedente porque o creditamento integral do ICMS pago na aquisição de bens de ativo fixo no período de 12/1999 a 12/2000 estava previsto na norma aplicável ao caso, que eram os arts. 20 e 21 da Lei Complementar nº 87/96. Asseverou que somente deveria efetuar o estorno do crédito de 1/60 aplicando-se o percentual da proporção entre o total das saídas e as saídas isentas e não tributadas quando o bem do ativo fixo fosse utilizado na produção de mercadorias ou na prestação de serviços isentos e não tributados, regras que não lhe podem ser aplicadas por atuar no comércio varejista de supermercados, tendo direito ao crédito integral.
- Quanto à Infração 04, entende que cumpriu os requisitos previstos no art. 323 do RICMS/97 para preenchimento do livro Registro de Saídas e que a multa por descumprimento de obrigação acessória só existe para o Mapa Resumo.
- Inerente à quinta infração, reproduz o art. 93, V, “a” e §17, I a VI do RICMS/97 no sentido de que possui direito à apropriação do crédito do ICMS pago na aquisição de bens do ativo fixo em 48 meses, calculando em cada mês de apuração 1/48 e aplicando a proporção das

saídas isentas e não tributadas, o que não foi respeitado em relação aos meses que se passaram entre a data da aquisição do bem e a da lavratura do Auto de Infração, devendo ser anulada a exigência fiscal.

- Por fim, requer a nulidade do lançamento do crédito tributário e, caso esta não seja aceita, a sua improcedência, e que seja observado o art. 112 do CTN sobre a prevalência da dúvida benigna. Protesta pela juntada posterior de provas, assim como a produção de todos os meios de prova permitidos em direito, inclusive perícia e diligência, alcançando estas duas últimas à condição de preliminar.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 435 e 436 dos autos, é no sentido do Não Provimento do Recurso Voluntário, uma vez que em relação à taxa SELIC, a Lei nº 9.250/95 prevê, nos termos da autorização do art. 61 do CTN, que essa será o instrumento para aplicação dos juros de mora, cuja questão já foi por demais debatida nos Tribunais Superiores que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da sua aplicação.

Quanto ao mérito, aduz em relação à primeira infração que a mesma está caracterizada e que a multa aplicada é a prevista em lei ao caso concreto.

Inerente à segunda infração, destaca que os equívocos apontados pelo recorrente já foram analisados na primeira instância que, inclusive reduziu consideravelmente o valor inicial exigido. Assim, conclui que não há razão para repetição dos argumentos que já foram acatados.

No tocante às infrações 3 e 5, verifica que o recorrente pretende fazer jus a todo o crédito fiscal correspondente às aquisições de bens para o ativo fixo. Aduz que o princípio da não cumulatividade foi, nos termos da CF/88, detalhado pela LC 87/96, que prevê expressamente a proporcionalidade da utilização do crédito fiscal correspondente às aquisições do ativo fixo, assim como a proporção de estorno referente às saídas isentas e não tributadas. Portanto, conclui que as saídas isentas e não tributadas não podem corresponder a entradas creditadas, daí a previsão legal do estorno proporcional.

Por fim, aduz que a multa foi aplicada em razão do erro na escrituração do Livro Registro de Saídas, em desacordo com o RICMS, já que deve ser separado por tantas linhas quantas sejam as alíquotas.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício inerente à segunda infração por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido de R\$209.224,64 para R\$166.571,81, conforme previsto no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange a todas as infrações.

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 indefiro os pedidos de perícia e de diligência, pois os autos encontram-se devidamente instruídos, cujos elementos considero suficientes para a formação de minha convicção.

De pronto, observo que as razões recursais, tanto a título de preliminares de nulidade quanto de mérito, já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração, sendo acertadamente analisadas pela JJF, em Decisão fundamentada. Tal entendimento também foi preconizado no Parecer da PGE/PROFIS, quando da sua análise sobre a segunda infração, onde conclui que “*Não há razão para repetição dos argumentos que já foram acatados*”. Portanto, verifico que até o pleito do contribuinte acolhido pelo julgamento da 1ª Instância, ainda é objeto deste Recurso Voluntário.

Contudo, da análise das razões do Recurso Voluntário e do Acórdão JJF nº 0023-01/05, concluo não haver qualquer fato novo trazido aos autos capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se

encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa.

Neste sentido, ratifico em todos os termos a Decisão de 1^a Instância, assim como o Parecer da PGE/PROFIS, uma vez que:

1. A penalidade aplicada à primeira infração é a prevista em lei ao caso concreto, ou seja, 10% do valor comercial dos bens sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. A aplicação da multa de 1% do valor comercial pretendida pelo sujeito passivo não se aplica ao caso, pois se reporta à mercadoria não tributável ou sujeita à substituição tributária.
2. Os equívocos trazidos pelo contribuinte, relativos à segunda infração, foram acolhidos pela Decisão recorrida, o que reduziu o valor originalmente exigido de R\$209.224,64 para R\$166.571,81, sendo totalmente impertinente a manutenção dos mesmos argumentos no Recurso Voluntário.
3. Quanto às infrações 3 e 5, como bem frisou o Parecer da PGE/PROFIS, a Lei Complementar nº 87/96 prevê expressamente a proporcionalidade da utilização do crédito fiscal correspondente às aquisições de ativo fixo em relação às saídas tributadas, assim como a proporção de estorno referente às saídas isentas e não tributadas. Tal mecanismo reflete o princípio da não cumulatividade do ICMS, pois o crédito fiscal integral do imposto, mesmo nas saídas não tributadas, acarretaria no enriquecimento ilícito, mesmo porque quem arca com a carga tributária é o consumidor final e não o contribuinte.
4. Por fim, restou comprovada a escrituração irregular do Livro registro de Saída, cabendo a aplicação da penalidade imposta ao autuado.

Dante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e 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 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 089599.0002/04-4, lavrado contra BOMPREÇO BAHIA S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$484.964,57, sendo R\$166.571,81, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” e “f”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$318.392,76, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, e VII “a”, da citada lei, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$11.880,67, atualizada monetariamente, prevista no inciso IX do mesmo artigo e diploma legal, e da multa de R\$140,00, prevista no art. 42, XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS