

PROCESSO - A. I. Nº 123430.0005/04-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDOS - BOMPREGO BAHIA S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO– Acórdão 2ª JF nº 0143-02/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 28/09/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0311-12/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nesta condição a legislação tributária não autoriza a utilização do crédito fiscal. Infração comprovada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. PRODUTOS CONSIDERADOS SUPÉRFLUOS. Modificada a Decisão da JF. Consta nos autos a documentação que dá suporte à exigência fiscal, não havendo nulidade que vicie o lançamento de ofício. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso Ofício, este último interposto pelo Sr. presidente do CONSEF, usando da prerrogativa prevista no art. 169, § 2º do RPAF/99.

Relativamente ao Recurso Voluntário, o contribuinte manifesta a sua inconformidade com a Decisão de 1ª Instância apenas em relação ao item 1 do Auto de Infração, onde consta a acusação nos seguintes termos: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referentes a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento do imposto por substituição tributária. O contribuinte utilizou crédito fiscal na aquisição de mercadoria com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária prevista no art. 353 do Decreto nº 6284/97, conforme ANEXO I”*.

Arguiu, preliminarmente, nulidade do lançamento de ofício, fundamentado no art. 18, inc. IV, “a” e no art. 39, inc. III, do RPAF, por entender que a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias não foi consignada de forma clara e precisa, carecendo de elementos suficientes para se determinar com segurança a imputação. Sustenta que caberia ao fisco fazer a prova material da acusação, pois teria deixado de demonstrar se as notas fiscais de massas alimentícias e biscoitos é originária de fornecedores localizados dentro ou fora do estado, com destaque do ICMS por substituição tributária, e que a autoridade fiscal teria lançado as notas fiscais referentes a todos os tipos de “salgadinhos”, cabendo somente a tributação por antecipação de produtos à base de cereais, batatas, amendoim ou castanha de caju. Citou jurisprudência com o fito de corroborar as suas assertivas.

Aduziu também que houve cerceamento do direito de defesa e do contraditório, face à falta de prova em relação à infração 1.

No mérito, afirma que a Decisão recorrida deixou de considerar mercadorias adquiridas a fornecedor, tais como massas alimentícias, biscoitos e bolachas que são produzidas no Estado por empresas sujeitas a regime especial de recolhimento do ICMS, o recorrente, na condição de adquirentes destas mercadorias está autorizado a utilizar o crédito fiscal do imposto, uma vez que não se trata de hipótese de antecipação tributária, conforme determina o parágrafo único do art. 3º, do Decreto nº 7955/99. Interpretando este dispositivo, entende o recorrente que não há que se falar em crédito indevido.

Acrescenta que o fisco lançou todas as notas fiscais referentes a massas alimentícias e biscoitos produzidos dentro e fora do Estado e de empresas que recolhem o imposto na forma prevista em Regime Especial. Reforça ainda a ilegalidade da exigência fiscal, no fato de o fisco ter considerado indevido o crédito relacionado às aquisições de salgados produzidos à base de farinha de trigo, sendo que o art. 353 do RICMS c/c o art. 7º, inc. II, alínea “c” o Decreto nº 7824/00, relaciona as mercadorias sujeitas à antecipação tributária e não consta na relação os salgados à base de farinha de trigo, mas somente os salgados preparados à base de cereais, bata, amendoim ou castanha de caju.

Pede a Improcedência da autuação, por não haver utilização de crédito fiscal indevido.

Sustenta que a multa de 60%, aplicada pela fiscalização, é confiscatória, por violar a Lei e a Carta Magna e que a taxa SELIC é inconstitucional, inclusive por que a sistemática de cálculo da mesma estabelece um verdadeiro anatocismo. Pede que seja aplicado o princípio “*in dubio pro contribuinte*”.

A Procuradoria Estadual, ao exarar Parecer jurídico nos autos, afasta as preliminares de nulidade argüidas pelo recorrente e, em relação ao mérito, sustenta que a autuação está correta em seu procedimento, a salvo de erros formais que a macule, e em relação às mercadorias que não estão enquadradas na substituição tributária e que compõem o levantamento fiscal, afirma que o autuado não traz qualquer listagem ou indicativos de que mercadorias se referem, mas, em contrapartida, os anexos ao Auto de Infração trazem longas listagens de mercadorias, carecendo de provas as alegações do recorrente. A Sra. representante da PGE/PROFIS concluiu o Parecer declarando que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas inaptas para proporcionar a modificação do julgamento de 1ª Instância, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Já o Recurso de Ofício, se restringe ao item 2 da autuação, e tem por fundamento a tese de que o “... julgamento levado a efeito pela 2ª JJF, configura *Decisão manifestamente contrária às provas dos autos, tendo em vista o teor dos demonstrativos que integram o Anexo II do Auto de Infração, docs. fls. 333 a 343, que indicam mês a mês as operações envolvendo vendas de produtos Deo Colônia, através de ECF (equipamento Emissor de Cupom Fiscal), apurados com base no registro 60R fornecido pelo contribuinte, inexistindo quaisquer notas fiscais a serem relacionadas pelos autuantes*”. A Decisão atacada neste Recurso de Ofício anulou o item do Auto de Infração que imputa o recolhimento a menos do ICMS nas operações de vendas de Deo Colônias, sob o argumento de que não foram discriminadas as notas fiscais relativas aos produtos objeto da autuação, fato que impossibilitou, inclusive, o contribuinte de exercer seu direito de defesa, de forma ampla. O contribuinte foi devidamente intimado da interposição do Recurso de Ofício.

Em 29/08/2005, às 12:40 h, o contribuinte, através de seu advogado, protocolou petição neste CONSEF, reiterando os termos do seu Recurso, e fazendo a juntada de demonstrativos e Pareceres a fim de afastar a cobrança do imposto lançado no Auto de Infração. Deve a Secretaria do CONSEF determinar a juntada da petição aos autos.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares suscitadas pelo recorrente, pois o Auto de Infração não padece de vício no que se refere à descrição dos fatos considerados infrações à legislação tributária. Encontra-se discriminada na peça acusatória que a exigência fiscal, em relação ao item 1, tem por motivo a utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada por força do instituto da substituição tributária. No anexo I do Auto de Infração encontram-se discriminadas, documento a documento, por totalização mensal, as aquisições de mercadorias objeto dos estornos de crédito (docs. fls. 19 a 332). Afasto, também, a arguição de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, pois conforme já mencionado linhas atrás, o lançamento está fundamentado em farta documentação anexada aos autos.

Quanto ao mérito do Recurso Voluntário, observo que os documentos apresentados pelo contribuinte não são capazes de elidir as infrações que lhe foram imputadas. Os produtos cujos créditos foram glosados pela fiscalização, entre eles, bolachas, biscoitos e salgadinhos, são mercadorias enquadradas no regime da antecipação tributária, não existindo no Recurso nenhuma comprovação documental que atestasse os argumentos trazidos pelo contribuinte para afastar a aplicação do regime de antecipação das mercadorias mencionadas. Também não foi provado qual o regime de tributação adotado nas saídas dos produtos em questão. Tributa-se no item 1 da autuação diversas mercadorias, abarcando produtos derivados de farinha de trigo, sucos, derivados de leite e carnes de aves industrializadas, todos inclusos, como já dito acima, no regime de antecipação do ICMS.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da taxa SELIC, a questão envolve discussão que foge à competência do CONSEF, nos termos do RPAF, só cabendo a apreciação da mesma na esfera judicial. O órgão administrativo de julgamento aplica a norma vigente, não podendo declarar a inconstitucionalidade leis, decretos e normas complementares integrantes do ordenamento jurídico-tributário. O mesmo se aplica às multas consignadas no Auto de Infração, pois estão previstas na Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia.

Mantenho, portanto, a autuação, e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, após compulsar os autos verifiquei que o teor dos demonstrativos que integram o Anexo II do Auto de Infração, docs. fls. 333 a 343, indica mensalmente as operações envolvendo as vendas dos produtos Deo Colônia, cujas saídas foram efetuadas através de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF). Os citados demonstrativos têm por base as informações prestadas pelo autuado nos arquivos magnéticos entregues à fiscalização, inexistindo quaisquer notas fiscais a serem discriminadas pelos autuantes no lançamento de ofício. Afasto, portanto, a nulidade suscitada pela Junta de Julgamento Fiscal, pois o processo encontra-se devidamente instruído com as provas da acusação fiscal. No mérito, o imposto exigido no item 2 é devido, pois as operações com Deo Colônias são tributadas à alíquota 27%, de acordo com o previsto no art. 51, inc. II, do RICMS, até 31/12/2001 e a partir de janeiro de 2002, o art. 51-A, inc. II, § 2º, acrescentou dois pontos percentuais à alíquota, destinados ao Fundo de Combate à Pobreza. Essa alíquota diferenciada alcança os produtos Perfumes, extratos, águas de colônias, inclusive colônias e Deo Colônias, objeto da autuação. As normas regulamentares citadas estão em conformidade com as disposições da Lei nº 7.014/96, mais especificadamente, no art. 16, inc. II, letra “h”, c/c o art. 16-A, estando, portanto, a exigência fiscal respaldada em preceito legal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **123430.0005/04-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$117.747,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa no valor de **R\$3.502,81**, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º, da Lei nº 7.014/96, homologando-se o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

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