

PROCESSO - A. I. Nº 207494.0003/04-4
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 0160-01/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 26/09/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0324-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. **a)** SALDO CREDOR. **b)** SUPRIMENTO DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAIDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada a origem do lançamento nem os erros de lançamento alegado pelo autuado. Infrações não elididas. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPREAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Modificada a Decisão recorrida. Recorrente apensa aos autos novas comprovações do retorno de mercadorias antes do ingresso em seu estabelecimento. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA APLICAÇÃO DA MVA. Infração comprovada. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA PAUTA FISCAL. Descabe parte do valor exigido. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração modificada após consideração das novas provas trazidas aos autos. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0160-01/05, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, 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\$1.120.307,81, em razão da falta de recolhimento do imposto:

1. No valor de R\$12.088,70, apurada através de saldo credor na conta Caixa no mês de janeiro de 2000;
2. No valor de R\$63.764,06, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, no dia 30/11/2000, com histórico: Valor transferido para a conta 234762 para regularização nesta data, conforme cópia do livro Caixa Geral (fls. 9 a 11 do PAF);
3. No valor de R\$458.641,59, apurada através de omissão de receitas tributadas, caracterizadas por notas fiscais do CFAMT não lançadas no livro Registro de Entradas, no exercício de 2001;
4. No valor de R\$235.362,71, recolhido a menor por antecipação tributária, em razão da aplicação de MVA de atacado nas aquisições junto às indústrias de mercadorias sujeitas à substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação, no exercício de 2001.

5. No valor de R\$255.263,85, recolhido a menos por antecipação tributária, em razão da aplicação de Pauta Fiscal nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando a legislação prevê a aplicação de MVA, nos meses de janeiro, fevereiro e julho de 2001, e
6. No valor de R\$95.186,90, decorrente do ICMS antecipado relativo às notas fiscais destinadas ao estabelecimento e não registradas na escrita fiscal no exercício de 2001.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$1.007.128,20, após rejeitar as preliminares de nulidades e indeferir o pedido de diligência, diante das seguintes razões:

Que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no art. 18, II e IV, “a” e 39, III do RPAF/99, pois as infrações foram descritas de forma clara e precisa, estando embasadas em documentos, levantamentos e demonstrativos, determinando com segurança a infração e o infrator, sendo que o autuado exerceu o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentando impugnação demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal.

No que se refere à alegação do autuado quanto ao benefício da dúvida em seu favor, entendeu a JJF que não se aplica, pois não há dúvida quanto à capitulação legal do fato, a natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos, a autoria, imputabilidade, ou punibilidade, ou à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação, conforme previstos nos incisos do art. 112 do CTN.

Quanto à aplicação da taxa SELIC, ressalta que está definida no art. 135-B, I, do RICMS, e que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, no âmbito administrativo, apreciar a declaração de constitucionalidade.

Quanto às duas primeiras infrações, conclui a JJF que restaram comprovadas as ocorrências de saldo credor e suprimento de origem não comprovada na conta caixa, significando dizer que os Recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo legal, tiveram a sua origem desconhecida. Assim, nos termos do §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, tais constatações autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não ocorreu, já que o autuado não trouxe ao processo nenhuma prova de que tivesse havido equívoco na escrituração contábil de sua empresa, no que se refere ao saldo credor apurado no mês de janeiro de 2000 e, ao suprimento de origem não comprovada lançado a débito da conta “Caixa Geral”, no mês de novembro de 2000, sendo correta a alíquota de 17% sobre o valor da base de cálculo da omissão de receita aferida, conforme prevista no art. 50 do RICMS/97.

Inerentes às infrações 03 e 06, relativas a entradas de mercadorias não registradas e à falta de antecipação do ICMS, conclui a JJF que o sujeito passivo comprova que diversas mercadorias foram devolvidas ao remetente sem ingressarem no seu estabelecimento, do que excluem as seguintes Notas Fiscais: Janeiro de 2001 – nºs 260785, 90555, 267373 e 451018; Fevereiro de 2001 – nºs 246441 e 246394; Março de 2001 – 79603, 96456, 96455, 97445, 96567, 45377, 96765, 96565 e 96454; Abril de 2001 – 98253, 98796, 993331, 27803, 27870, 98738 e 882155; Maio de 2001 – 6282, 390247, 284717, 282142, 100842, 102955 e 671204; Junho de 2001 – 60998, 216939, 84509, 267381 e 291502; Julho de 2001 – 163671, 62605, 7120 e 358069; Agosto de 2001 – 363018, 89395, 89394 e 38831; Setembro de 2001 – 65205; Novembro de 2001 – 41014, 16482 e 62282; Dezembro de 2001 – 17695. Por fim, apuram os valores remanescentes de R\$383.400,15 e de R\$63.218,25, para a terceira e sexta infrações, respectivamente.

Referente à quarta infração, relativa ao recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação em razão de aplicação errônea da MVA, a JJF conclui está correto o procedimento dos autuantes, uma vez que no Anexo 88 do RICMS estão definidos os percentuais de margem de valor adicionado para as aquisições na indústria e no atacado, no qual equipara a industriais, para fins de aplicação do percentual de lucro, os importadores de mercadorias do exterior, os torrefadores, os moinhos, os frigoríficos, os abatedouros, os produtores rurais e os extratores.

Por fim, quanto à infração 5, a qual se refere a recolhimento a menos decorrente da aplicação de Pauta Fiscal na aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, quando a legislação prevê aplicação de MVA, foi decidido que descebe a cobrança do tributo, no valor de R\$5.969,52, exigido em relação às Notas Fiscais nºs 60703, 60685 e 74694, da Sadia Agrovícola S/A e Frangosul Agrovícola Industrial, fato, inclusive, reconhecido pelos autuantes. No tocante aos demais valores, o autuado não elide a acusação fiscal. Assim, o valor a ser exigido em relação ao mês de janeiro de 2001 de R\$ 112.717,45, fica reduzido para R\$106.747,93 e o total do débito apontado no referido item da autuação passa para R\$249.204,33.

No Recurso Voluntário, interposto às fls. 1.336 a 1.350 do PAF, o recorrente tece as seguintes alegações:

Inicialmente, destaca que grande parte da exigência fiscal refere-se a mercadorias que retornaram aos fornecedores, sem, sequer, terem entrado no estabelecimento do recorrente, por não corresponder aos pedidos ou por não terem sido pedidas. Assim, assevera que foram devolvidas aos fornecedores com os próprios documentos por eles emitidos. Entende que, na forma do art. 142 do CTN, a obrigação da prova cabe ao fisco e não ao recorrente de produzir a prova negativa.

Em seguida, aduz que o relator da Decisão recorrida afirma que o benefício da dúvida, “...não é aplicável ao caso em tela, pois 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”, do que questiona como não há dúvida, se afinal de contas, o fisco alega omissão de saídas por falta de registro de notas fiscais, mas não tem certeza nem comprova que todas as mercadorias constantes das notas fiscais, objeto da infração 3, e 6, entraram no estabelecimento autuado? Qual é o documento que atesta essa entrada? Assim, conclui que é com base em fato não comprovado que supõe que houve entrada sem o pagamento do ICMS antecipado (infração 6) e saídas subsequentes dessas mesmas mercadorias, sem recolhimento do ICMS devido (infração 3). Defende que as notas fiscais podem até comprovar a saída dos fornecedores, mas não a entrada no estabelecimento do recorrente, do que entende tratar-se de suposição, presunção, arbitramento, concluindo que o Auto de Infração padece de nulidade por cerceamento de defesa em relação às infrações 3 e 6, visto que resta clara a dúvida sobre a qual está embasada a autuação, pois se não há certeza, resta-lhe a dúvida. Por fim, questiona se é justo que o recorrente proceda de acordo com o regulamento e depois seja punido por isso? Cita legislação e jurisprudência no sentido de que se impõe que o lançamento se faça acompanhar da prova e contesta a Decisão recorrida que entendeu que os atos fiscais gozam de presunção de legitimidade, cabendo ao contribuinte provar o contrário, transferindo ao sujeito passivo o dever que é do Ente Fiscal.

No mérito aduz que, se na sexta infração está sendo cobrado o ICMS por substituição das mercadorias listadas na terceira infração, não pode exigir o imposto normal derivado da saída (infração 3), porque caracteriza a bitributação, situação vedada pela própria legislação estadual no art. 915, § 1º, I, do RICMS.

Reitera que não pode registrar as mercadorias que não ingressaram no estabelecimento, conforme previsto no art. 229, VI e art. 636, II, “b”, do RICMS, que claramente prevê o retorno da mercadoria com a mesma nota fiscal originária. Aduz que tal circunstância pode ser constatada através das notas fiscais de saídas e as de entradas, bem como do lançamento no livro Registro de Entradas dos fornecedores, e também através de declarações de que a operação foi cancelada, conforme alguns documentos anexados aos autos, do que pede que sejam acatados, por entender que vêm a reforçar a nulidade do Auto de Infração, lavrado com base em meras suposições. Ressalta que exigir que o recorrente registre mercadorias em desacordo com o pedido é querer ditatorialmente impor regras, uma vez que não há na legislação norma que o obrigue. Por fim, destaca que a Fazenda tem a prerrogativa de solicitar as informações aos estabelecimentos emitentes e até a outros Estados (art. 199 do CTN).

Quanto a quarta e quinta infração, defende o recorrente serem também nulas, nos termos dos artigos 2º e 18, II, do RPAF, por não serem claros os seus cálculos, impossibilitando-o a plena

defesa, restando-lhe apenas refazer os cálculos (anexos à Defesa) e que atestam diferenças em relação aos cálculos do fisco.

Cita o art. 8º da Lei Complementar nº 87/96 no sentido de que o valor adotado como base para apurar o imposto de substituição tributária será fixado sempre tendo em vista o preço praticado na operação seguinte. Destaca que atua no ramo varejista de supermercados e que realiza vendas para consumidor final, devendo antecipar o imposto relativo à última operação da cadeia de circulação da mercadoria, e, portanto, aplicando a margem de agregação de atacado e não da indústria, independente da origem da mercadoria.

Aduz que, a nota final do Anexo 88 do RICMS, para fins de aplicação da MVA, equipara os importadores de mercadorias do exterior a atacadista.

Relativo às duas primeiras infrações, defende o recorrente que o levantamento fiscal é temerário, na medida que não preenche todos os requisitos necessários ao fato gerador, uma vez que não estão presentes o aspecto pessoal, nem o material, nem o espacial e nem o temporal. Aduz que o fisco apenas presumiu a ocorrência do fato gerador e estipulou a base de cálculo e alíquota fora dos parâmetros da legislação aplicável (arts. 12 e 13 da LC nº 87/96).

Registra que ainda que fosse permitida a presunção, caberia ao fisco, separar proporcionalmente o que se cuida de operação interna e interestadual e, se fosse o caso, tributar como se a omissão fosse interna e interestadual.

Também ressalta que deixar de aplicar a multa confiscatória e a taxa de juros SELIC não é declarar inconstitucional ou ilegal a norma, mas, sim, uma questão de preservar o princípio da segurança jurídica. Destaca que o percentual de multa de 60% e 70% é ilegal e inconstitucional, por ser confiscatória, como também é vedada pelo direito em vigor e consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte (Súmula nº 121) a aplicação de juros que se somam mensalmente.

Por fim, pede que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte, de acordo com a determinação contida no art. 112 do CTN, de forma que seja decretada a total nulidade das infrações 1, 2, 3 e 6, em face da inexistência de provas do alegado e da falta de clareza dos cálculos das infrações 4 e 5, o que faz por cecear o direito de defesa, bem como a sua improcedência, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da exordial, por absoluta carência de objeto, do que anexa documentos, às fls. 1.351 a 1.647 do PAF, como prova de sua alegação de que as mercadorias foram devolvidas aos fornecedores.

Em seu Parecer, às fls. 1.669 a 1.670 dos autos, a PGE/PROFIS opina que não vislumbra as nulidades suscitadas, posto que as infrações foram devidamente tipificadas e acompanhadas de levantamentos e papéis de trabalho que as sustentam, como também que o contribuinte compreendeu perfeitamente o que lhe era imputado, tendo exercido de forma ampla e incontestável a sua defesa.

Quanto ao mérito, entende que os documentos anexados pelo recorrente devem ser analisados pela ASTEC para que se verifique se comprovam a devolução das mercadorias constantes em parte das notas fiscais que compõe a terceira infração.

Inerente às duas primeiras infrações, aduz que não há qualquer prova no sentido de elidir a presunção legal.

Em relação às infrações 4 e 5, vê que a MVA foi aplicada nos termos do art. 61 do RICMS e que a alegação de erros nos cálculos dos autuantes não veio acompanhada de indicação clara, capaz de se contrapor aos números apresentados pelos fiscais.

Por fim, quanto à alegação de caráter confiscatório das multas, observa que, além de não caber ao CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade, as multas aplicadas são as previstas em lei para as infrações caracterizadas. Quanto à alegação referente à taxa SELIC, aduz que a Lei nº 9.250/95 prevê, nos termos da autorização do art. 161 do CTN, que esse será instrumento para a aplicação dos juros de mora e que a questão já foi por demais debatida nos Tribunais Superiores

que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC (STJ, AGRESP 438757/MG).

Submetido o PAF à pauta suplementar, a 1^a CJF indeferiu a diligência proposta, por entender que, por se tratar a acusação fiscal de uma presunção legal “júris tantum”, a qual admite prova em contrário, o que faz o recorrente em relação à falta de contabilização de entradas e, consequentemente, à exigência do ICMS por antecipação relativo às citadas notas fiscais, ao trazer documentos aos autos para comprovar sua alegação de que parte das mercadorias foram devolvidas e, por isso não foram registradas, o deslinde do mérito da questão resume-se à análise dos aludidos documentos fiscais acostados ao processo e, por isso, devem ser analisados pelo próprio colegiado.

Às fls. 1.674 e 1.675 dos autos, a PGE/PROFIS considera que os documentos trazidos revelam que as mercadorias foram devolvidas aos remetentes, entendendo que as respectivas notas fiscais devem ser excluídas do demonstrativo de débito, pois o contribuinte se desincumbiu do seu ônus probatório, comprovando que as mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento. Por fim, reitera os demais termos consignados no Parecer anterior. Assim, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamento o conselheiro Marcos Rogério Lyrio Pimenta declarou-se impedido em participar do julgamento e votação desse PAF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício inerente à terceira, quinta e sexta infrações por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos, 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 1^a Instância no que tange a todas as infrações.

Quanto às razões recursais, observo que, tanto a título de preliminares de nulidade quanto de mérito, já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração. Contudo, com exceção dos documentos apensados pelo recorrente às fls. 1.351 a 1.647, relativos à devolução das mercadorias inerentes a terceira e sexta infrações, concluo que as razões do Recurso Voluntário não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, senão vejamos:

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 à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, uma vez que as infrações foram devidamente tipificadas e documentadas, sendo os seus demonstrativos inteligíveis.

Também, há de se ressaltar que a via da nota fiscal, colhida pelo fisco no trajeto das mercadorias remetidas ao recorrente, consignando todos os dados cadastrais do autuado, é prova suficiente de que tais produtos lhe foram enviados e, por conseguinte, lhe entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha destituir as existentes nos autos, conforme se verifica de forma parcial neste processo. Assim, descabe o citado “*Benefício da Dúvida em favor do contribuinte*”.

Quanto à alegação referente à taxa SELIC, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS, no qual ressalta a sua legalidade, decorrente da Lei nº 9.250/95, para a sua aplicação, cuja constitucionalidade já foi confirmada nos Tribunais Superiores, que têm reiteradamente exarado decisões neste sentido.

Também descabe a alegação de que as multas são confiscatórias, pois são as legalmente previstas às infrações apuradas.

No mérito, no tocante as duas primeiras infrações, objeto apenas do Recurso Voluntário, o recorrente limita-se a alegar que o levantamento fiscal é temerário e que o fisco apenas presumiu

a ocorrência do fato gerador, estipulando a base de cálculo e alíquota fora dos parâmetros da legislação aplicável.

Observo que o recorrente não traz qualquer prova no sentido de elidir o saldo credor na conta Caixa e o suprimento de origem não comprovada, apurados através da própria contabilidade do contribuinte. Tais constatações autorizam a presunção de omissão de saídas anteriores tributadas, à alíquota normal de 17%, independente de qualquer proporcionalidade com as demais saídas não tributadas ou isentas, conforme previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a menos que o contribuinte comprove a sua improcedência, o que não ocorreu. Assim, deve-se manter a Decisão recorrida.

Referente a terceira e sexta infrações, a Decisão recorrida foi de excluir do levantamento fiscal as notas fiscais relativas às mercadorias devolvidas ao remetente sem que tenham ingressado no seu estabelecimento, apurando o débito remanescente de R\$383.400,15 e R\$63.218,25, respectivamente.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente apensa aos autos, às fls. 1.351 a 1.647, novos documentos comprobatórios da sua alegação de que as mercadorias foram devolvidas aos remetentes sem que as tivessem recebidas. Da análise de tal documentação, a qual foi cotejada com o demonstrativo de “*Auditória de Falta de Registro de Notas Fiscais*”, às fls. 1.188 a 1.193, o qual se baseou a JJF para excluir as notas fiscais consignadas na referida Decisão, chega-se a seguinte conclusão:

1. As Notas Fiscais de nºs: 250609; 253040 e 253918, anexas às fls. 1.351 a 1.353 e 1.415 a 1.417, por constar apenas a 1ª via, relativa à operação de venda, sem qualquer anotação do seu retorno no verso ou carimbo de postos fiscais do trajeto do seu possível retorno, não comprovam a devolução das mercadorias;
 2. A “Declaração”, às fls. 1.494; 1.636 a 1.638, relativas às Notas Fiscais de nºs: 59219 e 59220; 205065; 787707 e 52805, não comprovam as devoluções das mercadorias;
 3. As Notas Fiscais de nºs: 216939; 218617; 218618; 671204; 41014; 26737; 882155; 582970; 27803; 27870; 96765; 100842; 98796; 99331; 98253; 97445; 96455; 96567; 96565; 96456; 96454 e 17695, às fls. 1.479 a 1.481; 1.498; 1504; 1.522; 1.525; 1.558; 1.573; 1.575; 1.580; 1.583; 1.586; 1.588; 1.591; 1.593; 1.596; 1.599; 1.601; 1.603; 1.605 e 1.615, já não mais constavam da relação de fls. 1.188 a 1.193, por já ter sido expurgada ou por não ter sido lançada na relação original, às fls. 12 a 23 dos autos;
 4. As Notas Fiscais de nºs: 260785; 90555; 451018; 246441; 246394; 79603; 45377; 98738; 6282; 284717; 282142; 102955; 671204; 60998; 84509; 267381; 291502; 163671; 62605; 7120; 358069; 363018; 89394; 89395; 65205; 16482 e 62282, já haviam sido expurgadas quando da Decisão recorrida;
 5. As Notas Fiscais de nºs: 32123; 61700; 69962; 21316; 592945; 593316; 18213; 103160; 101872; 101871; 495848; 252070; 100634; 782723; 252977; 252789; 41621; 106638; 268483; 19445; 974597; 974598; 999338; 999325; 996607; 213245; 70206; 454683; 628807; 48241; 71572; 71568; 71570; 74294; 75431; 83449; 89662; 266955; 178609; 155301; 126141; 39617; 127969; 18319; 304032; 79692; 55056; 79691 e 512149, tiveram comprovado o retorno das mercadorias, sendo excluídas do Demonstrativo de Auditoria de Falta de Registro de Notas Fiscais, às fls. 1.188 a 1.193, acarretando o débito remanescente de R\$284.788,58 e R\$34.752,14, para a terceira e sexta infrações, respectivamente, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DAS INFRAÇÕES "3" e "6" (Fonte: fls. 1188 a 1.193 do PAF)								
N.Fiscal	Valor da NF	ICMS Normal	ICMS Antec.		N.Fiscal	Valor da NF	ICMS Normal	ICMS Antec.
52804	4.284,06	728,29			238867	3.995,14	679,17	
203347	3.475,98	590,92			19533	6.329,48	1.076,01	
157497	4.340,70	737,92			34723	6.115,35	1.039,61	
120959	118.176,96	20.090,08			23389	35.400,00	6.018,00	
90553	6.679,00	1.135,43			34400	16.397,85	2.787,63	
60781	26.730,00	4.544,10			Total de Junho		11.600,43	-
52803	5.929,51	1.008,02			35602	4.256,00	723,52	
51895	14.849,86	2.524,48			35606	4.256,00	723,52	
453216	1.138,80	193,60			9732	57.600,00	9.792,00	
Total de Janeiro		31.552,84	-		35601	5.745,60	976,75	

94745	28.657,22	4.871,73	9.517,57		87585	6.006,00	1.021,02	
228229	59.754,35	10.158,24	11.439,17		151642	12.144,00	2.064,48	
52953	3.154,89	536,33			9725	63.600,00	10.812,00	
84694	6.571,12	1.117,09			426931	7.408,15	1.259,39	
84697	6.841,60	1.163,07			Total de Julho		27.372,68	-
199192	2.693,43	457,88			121820	3.208,45	545,44	
160073	9.228,17	1.568,79			28221	4.920,97	836,56	
434100	85.832,06	14.591,45			19512	37.521,12	6.378,59	
434101	14.378,20	2.444,29			125440	6.997,64	1.189,60	
463329	3.111,12	528,89			38786	11.916,80	2.025,86	
458981	2.547,60	433,09			75430	66.197,33	11.253,55	
463328	1.161,12	197,39			42568	9.144,96	1.554,64	
463330	1.146,96	194,98			19443	39.280,80	6.677,74	
Total Fevereiro		38.263,23	20.956,74		11360	16.940,00	2.879,80	
500181	25.200,00	4.284,00	3.540,00		630789	2.205,60	374,95	
17641	20.169,00	3.428,73	535,35		Total de Agosto		33.716,72	-
130958	10.143,00	1.724,31			657327	3.617,34	614,95	661,17
131445	13.356,00	2.270,52			128139	4.058,32	689,91	
54186	13.934,59	2.368,88			44390	5.666,34	963,28	
41297	9.150,28	1.555,55			44375	5.139,94	873,79	
7159	48.300,00	8.211,00			109728	5.065,85	861,19	
82825	6.199,02	1.053,83			109469	3.799,37	645,89	
30688	12.396,00	2.107,32			45072	5.055,87	859,50	
971633	10.145,80	1.724,79			45078	3.886,19	660,65	
971636	6.457,86	1.097,84			23392	6.330,33	1.076,16	
468752	6.026,64	1.024,53			109468	5.065,83	861,19	
467690	5.295,50	900,24			41203	8.865,99	1.507,22	
Total de Março		31.751,53	4.075,35		21393	8.091,90	1.375,62	
163597	23.128,93	3.931,92	7.805,54		477849	2.143,14	364,33	
29173	4.019,69	683,35			Total de Setembro		11.353,69	661,17
253040	3.635,48	618,03			59220	14.736,00	2.505,12	103,15
444439	4.040,10	686,82			20920	7.707,00	1.310,19	
248689	3.193,54	542,90			79732	10.423,14	1.771,93	
45010	3.841,20	653,00			346421	46.235,16	7.859,98	
250609	3.987,76	677,92			49733	6.796,25	1.155,36	
143057	4.935,00	838,95			45604	9.197,49	1.563,57	
8037	10.129,33	1.721,99			29936	6.932,30	1.178,49	
44727	14.499,81	2.464,97			59219	4.080,00	693,60	
52805	17.275,50	2.936,84			18936	1.820,42	309,47	
787707	1.188,60	202,06			Total de Outubro		18.347,72	103,15
Total de Abril		15.958,74	7.805,54		42908	21.598,46	3.671,74	
					58377	4.030,10	685,12	
30727	3.206,36	545,08	897,78		21863	3.445,17	585,68	
79967	3.285,61	558,55			44145	3.903,73	663,63	
19154	3.061,39	520,44			42948	6.275,00	1.066,75	
56032	3.499,20	594,86			520768	4.657,77	791,82	
114822	7.926,05	1.347,43			Total de Novembro		7.464,74	-
192595	16.316,91	2.773,87			699904	1.380,80	234,74	252,41
282028	7.227,41	1.228,66			205065	4.006,85	681,16	
253918	8.697,00	1.478,49			137586	4.651,69	790,79	
101072	6.467,33	1.099,45			191088	3.859,80	656,17	
13104	6.745,54	1.146,74			170405	7.645,65	1.299,76	
8484	110.950,00	18.861,50			11891	5.848,32	994,21	
126817	12.089,40	2.055,20			374615	24.179,13	4.110,45	
976495	2.169,61	368,83			374708	63.562,78	10.805,67	
976494	6.508,82	1.106,50			371333	24.398,26	4.147,70	
Total de Maio		33.685,61	897,78		Total de Dezembro		23.720,66	252,41
					TOTAL DO EXERCÍCIO DE 2001		284.788,58	34.752,14

Por fim, devo ressaltar que descabe a alegação do recorrente de que se caracteriza “bitributação” se exigir o ICMS por substituição e o imposto normal das mesmas mercadorias (Infrações 3 e 6). A exigência relativa à terceira infração decorre, conforme já dito, da presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, por indicar que o sujeito passivo efetuou o pagamento das aquisições das mercadorias não registradas com Recursos não contabilizados, decorrentes de *operações anteriormente realizadas* e também não contabilizadas. Portanto, o imposto exigido na terceira infração refere-se a operações anteriores de mercadorias tributáveis, as quais não têm qualquer relação com as mercadorias arroladas e sujeitas à substituição tributária.

Finalmente, quanto a quarta e quinta infrações, observo que a Decisão recorrida está perfeita ao ressaltar que a redação atual da Nota do Anexo 88 do RICMS equipara, para fins de aplicação do percentual de lucro, a industriais os importadores de mercadorias do exterior.

Alega o recorrente que os cálculos das referidas infrações não são claros. Constatou, às fls. 24 a 40 dos autos, que os demonstrativos que fundamentam as acusações fiscais são auto-explicativos.

Também descabe a alegação do recorrente de que existem diferenças entre seus cálculos, às fls. 1.082 dos autos, e os cálculos do fisco, pois, conforme acertadamente decidiu a JJF, a alíquota aplicada aos produtos “Pitu Cola lata 350 ml e Grappa DI Chaanti Clássico 250 ml”, é a de 25%, conforme determina o art. 51, II, “b”, do RICMS/97, como também nos cálculos do recorrente não foram inclusos os valores do frete e dos selos na base de cálculo da substituição tributária, relativa às notas fiscais emitidas pela empresa Engarrafamento Pitu Ltda.

Por outro lado, cabe razão ao sujeito passivo quanto às alterações apresentadas na planilha de fl. 1.084 do PAF, relativas às Notas Fiscais de nºs 60703; 60685 e 74694, emitidas pela Sadia Agrovícola S/A e Frangosul Agrovícola Industrial, inerente à quinta infração, no valor de R\$ 5.969,52, conforme acatadas pelos próprios autuantes, à fl. 1.098 dos autos, o que reduziu o valor exigido no mês de janeiro de 2001 de R\$ 112.717,45 para R\$ 106.747,93 e o total do débito apontado na referida infração para R\$ 249.204,33, conforme foi consignado na Decisão recorrida.

Por fim, não procede o entendimento do recorrente de que, por atuar no ramo varejista de supermercados e realizar vendas para consumidor final, deve antecipar o imposto aplicando a margem de agregação de atacado e não da indústria, independente da origem da mercadoria. A legislação ao instituir o regime de substituição tributária estabelece duas Margens de Valor Adicionado (MVA), um percentual superior para as aquisições efetuadas no setor industrial, cujo custo é menor do que o do atacadista, e um percentual inferior para as aquisições realizadas no setor atacadista, cujo custo é maior do que o da indústria. Assim, a aplicação da MVA está vinculada à origem da mercadoria e não a atividade do adquirente, conforme previsto no art. 61, II, “a”, do RICMS.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, no que diz respeito às terceira e sexta infrações, 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 de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207494.0003/04-4, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$880.050,52**, sendo R\$75.852,76, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$804.197,76, acrescido das multas de 60% sobre R\$519.409,18 e 70% sobre R\$284.788,58, previstas no art. 42, II, “a” e “d”, e III, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

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