

A. I. N° - 123430.0005/04-3
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTES - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES E ROSY MERY TAVARES DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 16.05.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0143-02/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. PRODUTOS CONSIDERADOS SUPÉRFLUOS. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não discriminam as notas fiscais, vinculando-as às diferenças do imposto ora exigido, o que implica em cerceamento ao direito de defesa do autuado. Item nulo. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência, relativa ao imposto não antecipado, em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/12/2004, exige ICMS no valor de R\$ 117.747,98 em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS de R\$ 105.670,15 e multa de 60%.
2. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS de R\$ 12.077,83 e multa de 60%.
3. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 3.502,81.

O autuado através de advogado ingressa com defesa, fls. 354 a 365 na qual tece os seguintes argumentos:

Requer a nulidade do Auto de Infração, pois os autuantes nada demonstraram para confirmar a ocorrência de alguma das ilegalidades atribuídas.

Informa que as únicas provas que foram apensadas ao processo diz respeito a infração 01, em que lançou crédito indevido, relativo as mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição, todas as notas fiscais referentes às massas alimentícias e biscoitos, sem a preocupação de verificarem se as mercadorias foram produzidas dentro ou fora do Estado da Bahia, uma vez que a antecipação só é aplicada a mercadoria produzida neste estado por empresas que recolhem pelo Regime Especial. Também lançou notas fiscais referentes a todos os salgadinhos, sendo que só pode ser incluído, para ser tributado por antecipação salgadinhos produzidos a base de cereais, batata, amendoim ou castanha de caju.

Indigna-se, em relação a infração 02, pois pagou a diferença de alíquota de 17% para 27% conforme documentos de recolhimento em anexo, o que prova a nulidade do Auto de Infração.

Diz que o Auto de Infração está cheio de vícios e que não pode ser considerado válido, uma vez que não está claro, límpido, o fato gerador, e não há a presença essencial de provas, como exige a legislação no seu art. 18 do Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

De acordo com o Código Tributário Nacional, art 142 a prova deve ser produzida pelo fisco e não pelo contribuinte, ou seja, o Auto de Infração foi lavrado sem provas, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais. Devido a isso, sentiu-se prejudicada na defesa, tendo seu direito garantido constitucionalmente violado, uma vez que é assente na doutrina e na jurisprudência a ilegalidade do cerceamento ao direito de defesa, resultando em nulidade todo o ato.

Diz que improcede a infração 01, uma vez que, com relação à massa alimentícia e biscoitos ou bolachas produzidos no Estado da Bahia por empresas que recolhem o imposto no Regime Especial, é dado ao contribuinte a possibilidade de utilizar como crédito fiscal o imposto da operação normal por não se tratar de antecipação tributária.

Alega que os autuantes lançaram todas as notas fiscais, referentes às massas alimentícias e biscoitos, produzidos dentro e fora do Estado, e de empresas que recolhem o imposto na forma prevista no Regime Especial, como sendo hipótese de antecipação tributária.

Também considerou como crédito indevido as aquisições de salgados produzidos a base de farinha de trigo, mas somente os salgados à base de cereais, batata, amendoim e castanha de caju estão sujeitos à antecipação tributária.

De acordo com a infração 02 diz que pagou a diferença de alíquota existente. Por outro lado, não prospera a autuação, pois o Fisco exige a diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos nas hipóteses de incidência do art. 51, inciso II do RICMS/97.

Confessa o débito relativo à infração 03.

Reclama que não se pode aplicar aos créditos tributários a Taxa SELIC, visto que está sendo aplicada como remuneração de capital e não como juros moratórios. Assim, seria inconstitucional a sua aplicação nas relações tributárias.

Também, entende que as multas aplicadas são confiscatórias.

Os autuantes prestam a informação fiscal de fls. 411 e 412, nos seguintes termos:

Reconhecem que laboraram em conformidade com a legislação, e que a lavratura do Auto de Infração ocorreu a partir de documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pela própria autuada.

Com relação a infração 01, não se limitaram em alegar genericamente nenhuma infração, visto que todas as mercadorias estão elencadas no Anexo 88 do RICMS/97, e estão com a fase de

tributação encerradas, e, conseqüentemente, impossibilitadas de gerarem crédito fiscal na aquisição, quer seja por compra, quer seja por transferência, de forma detalhada, inequívoca e nominal, espalhadas em planilhas explicativas, cujo teor foi extraído dos Arquivos Magnéticos e confrontados com os Livros de Registro de Entrada de Mercadorias, quando se confirmou o uso do crédito indevido. Porém, a autuada adiante confessa a existência de utilização de crédito indevido, vez que não menciona todos os produtos constantes na planilha.

Na infração 02, o autuado, na defesa, informou que pagou a diferença de alíquota existente, porém os pagamentos apresentados às fls. 391 a 404 referem – se, exclusivamente, ao período de 01/2002 a 06/2002. Porém nos períodos relativos aos meses de julho a dezembro de 2002 e no exercício de 2003, o autuado não apresentou nenhum pagamento. Já as mercadorias presentes nas fls. 334 a 343 deste PAF, referem-se, exclusivamente, a mercadorias inseridas na hipótese referente ao art. 51, II, “h” do RICMS.

Salienta que foi reconhecido o débito da infração 03, sendo anexado o DAE.

VOTO

Ressalto que não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a teor do que dispõe o art. 167, I do RPAF/99 (Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999).

No que diz respeito à taxa SELIC, a mesma também está prevista em lei (art. 102, I e II do COTEB), e repetida no art. 138-B, I e II, do RICMS/97, após a Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001).

No mérito, na infração 01, foi detectado que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Neste caso, há vedação legal da utilização de tais créditos haja vista que a fase de tributação encontrava-se encerrada, a teor do disposto no art. 97, IV, b do RICMS/97:

A planilha de fls. 20 a 244, detalha os produtos, por nota fiscal, trazendo o cálculo do imposto ora exigido. Outrossim, o autuante anexou cópias do Registro de Entradas às fls. 245 a 332 do PAF.

Ressalte-se que os demonstrativos foram entregues ao contribuinte, onde estão elencadas todas as mercadorias constantes no Anexo 88, cujo teor foi extraído dos arquivos magnéticos, entregues pela empresa à fiscalização.

Infração mantida.

Quanto à infração 02, esta decorreu do recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de Deo-Colônias, 25% até 31/12/2001, e a partir de janeiro de 2002, 27%, com base no art. 51-A, inciso II, § 2º, do RICMS/97, correspondente a 25% mais dois pontos percentuais, destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, no período de 31/01/2003 a 31/12/2003 e de 31/01/2002 a 31/12/2002.

A Lei 7.014/96, especifica no art 16, II, “h”, perfumes, extratos, águas de colônia, inclusive colônia e deo Colônia.

No compulsar das peças processuais, verifico que as planilhas de fls. 334 a 343, elaboradas pelos autuantes, não discriminam as notas fiscais relativas aos produtos em questão. Este fato impossibilita inclusive, que o contribuinte possa exercer seu direito de defesa, de forma ampla, o que fulmina de nulidade este item do Auto de Infração.

Ademais, na peça de defesa, o autuado juntou um demonstrativo também sem relacionar as notas fiscais, o que impede a sua vinculação com a infração apontada.

Assim, entendo que este item é nulo, ao tempo em que represento para que em nova ação fiscal, o lançamento possa ser efetuado a salvo de erros, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

Quanto à infração 03, o autuado confessou o débito e anexou comprovante de pagamento do ICMS, DAE no valor de R\$ 3.502,81, à fl. 406, datado de 03/02/2005.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **123430.0005/04-3**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 105.670,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, 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, 28 de abril de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR