

A. I. N° - 123430.0003/04-0
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S/A
AUTUANTE - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES e ROSY MERY TAVARES DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 09/12/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0168-05/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Após revisão, houve diminuição do débito originalmente exigido. **b)** ATIVO PERMANENTE. APROPRIAÇÃO MENSAL A MAIS. A partir de 01/01/2001 a apropriação dos créditos fiscais sobre bens adquiridos para compor o ativo permanente do estabelecimento comercial passou a ser feita no prazo de 48 meses à razão de 1/48 avos por mês. Infração não contestada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Revisão do lançamento diminuiu o valor da multa cobrada 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deo-colônias, são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. E, durante o período de 1º de janeiro de 2002 até 31 de dezembro de 2010, as alíquotas incidentes nas operações relacionadas na alínea “h”, inciso II, do art. 51 do RICMS/Ba, serão acrescidas de dois pontos percentuais, cujo valor recolhido estará vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Infração subsistente em parte. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO IMPOSTO. Na situação é devida a penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Infração não contestada. Rejeitadas as arguições de nulidade ao lançamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado, em 30/12/2004, para exigir o imposto no valor de R\$14.960,56 acrescido da multa de 60%, mais a multa no valor de R\$2.022,92, em decorrência de:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por substituição tributária (exercício de 2001 a 2003) - R\$11.907,71;
2. multa no valor de R\$1.781,22 pela falta de escrituração de entradas de mercadorias tributáveis no estabelecimento (exercícios de 2001, 2002 e 2003);
3. recolhimento a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de

mercadorias regularmente escrituradas (exercícios de 2001 a 2003). Infração apurada após exame do Registro 60R dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via Sintegra. Também, a partir mês de fevereiro de 2002 foi aplicada a alíquota de 25% mais dois pontos percentuais adicionais à mesma, incidentes sobre os produtos especificados no art. 51, II, “h” combinado como o art. 51-A, II, do RICMS/97, relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - R\$1.910,23;

4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento comercial, por não haver respeitado a proporcionalidade determinada em lei (maio 2002) - R\$1.142,62;

5. 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 (março de 2003) – R\$241,70.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou defesa ao Auto de Infração (fls. 139/152), identificando-se, inicialmente, como empresa que atua no ramo de supermercados e descrevendo as infrações a ele imputadas. Em seguida, confessou o cometimento das infrações apontadas nos itens 4 e 5 do auto, informando que efetuou o pagamento do seu débito, conforme DAE apensado aos autos (fl. 194).

Em preliminar, arguiu duas razões que levariam o procedimento fiscal à nulidade. Na primeira disse que a administração tributária não pode exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, uma vez que o processo administrativo é regido pela verdade material dos fatos. Apontou para a infração 1 que a fiscalização não havia observado que diversas aquisições de massas alimentícias e biscoitos foram produzidos dentro do estado, bem como não se aplicava a substituição tributária aos salgados a base de farinha de trigo; para a infração 2, algumas notas foram registradas e outras não as foram uma vez que as mercadorias retornaram ao fornecedor; em relação á infração 3, havia recolhido a diferença de alíquota de 17% para 27%. Neste sentido, citou trechos de obras de Luiz Henrique Barros de Arruda, Paulo Celso B. Bonilha, Ives Gandra da Silva Martins, decisões de tribunais pátrios, deste Colegiado, art. 333, I, do CPC, art. 142, do CTN e art. 18, IV combinado com o art. 39, do RPAF/99

Como segunda preliminar à nulidade da ação fiscal, trazendo no seu bojo ensinamentos do Prof. Hely Lopes Meirelles, afirmou que houve cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado sem provas, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais. Com esta afirmativa, passou a tecer considerações sobre a ilegalidade do cerceamento ao direito de defesa, fundamentando seu entendimento no art. 5º, LV da CF/88, em decisões deste Colegiado e determinações do processo administrativo do Estado do Ceará.

Como mérito, afirmou descaber o lançamento fiscal da infração primeira, pois inexistia hipótese de antecipação tributária na aquisição de massas alimentícias e biscoitos ou bolachas produzidas no Estado por empresas que recolhem o imposto por regime espacial, em conformidade com o disposto no art. 3º, Parágrafo único do Decreto nº 7.955 de 16/5/2001, podendo utilizar o crédito fiscal do imposto. Neste contexto, as autuantes não analisaram todas as notas fiscais referentes às massas alimentícias e biscoitos para fazer suas separações. Afora esta situação, foram incluídos nos levantamentos fiscais salgados produzidos á base de farinha de trigo que não se encontram elencados no art. 353, II, 29, do RICMS/97.

Quanto a infração segunda, afirmou que as autuantes haviam lhe acusado de não ter escriturado no livro Registro de Entradas notas fiscais baseada tão somente em relatório do CFAMT, que não prova que as mercadorias tenham dado entrada no seu estabelecimento comercial. Além do mais, não observou estarem algumas delas registradas (exemplificou) e que deveriam ser juntadas

posteriormente, além de não terem levado em consideração de que outros documentos não foram registrados, tendo em vista o retorno das mercadorias ao remetente. Neste sentido, advogou que não é obrigado, pela legislação (art. 229, VI e art. 636, II, "b", do RICMS/97), a escriturá-los e quem deve emitir nota fiscal de entrada é o fornecedor e apresentar ao fisco todos os elementos que comprovem este retorno (art. 654, do Regulamento). Para reforçar seu entendimento, citou a Cláusula Oitava do Convênio ICMS nº 57/95. Disse, ainda, que o fisco baiano deveria solicitar informações de outros Estados para confirmação do fato, conforme dispõe o art. 199, do CTN e que existem diversas outras maneiras de descobrir se a mercadoria deu, ou não, entrada no estabelecimento do comprados, como exemplos que citou.

Em relação a quarta infração, afirmou já ter recolhido o imposto cobrado, conforme DAE que anexou aos autos. Mais uma vez, ressaltou que não estava demonstrada e nem explicada a motivação da exigência fiscal. Por outro lado, a fiscalização estadual havia exigido a diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, II, "h", do RICMS, uma vez que não se referiam a água-de-colônia, colônia e deocolônia, como por exemplo, a lavanda, a alfazema. Ou seja, o fisco interpretou, indevidamente e de maneira extensiva, o que diz a norma ao lançar notas fiscais referentes à lavanda, seiva-de-alfazema como se fossem colônia ou deocolônia.

Passou, em seguida, a contestar a inaplicabilidade da taxa SELIC como juros de mora. Sobre o assunto apresentou seu entendimento, trazendo as determinações do § 1º, do art. 161 do CTN e a inconstitucionalidade da sua aplicação nas relações tributárias, já que criada tão somente para remunerar o capital dos aplicadores, ou seja, as relações econômico-financeiras. Transcreveu decisões de tribunais e entendeu improcedente o lançamento fiscal.

Insurgiu-se, de igual forma, contra o percentual de multa de 60% e 70%, afirmando que os Tribunais já têm sedimentado o entendimento de que a multa moratória não deve ultrapassar o percentual de 20%, sob pena de ferir o princípio do não confisco. Aventou a possibilidade da sua redução pelo Judiciário, em sede de Embargos à Execução. Transcreveu acórdãos do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Por este motivo, requereu, mais uma vez, a improcedência da autuação. E, caso dúvidas existissem quanto à interpretação da lei, observou que o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que na situação, a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Por fim, requereu a nulidade ou a improcedência do lançamento fiscal, protestou por juntada posterior de provas por todos os meios permitidos em direito, requereu perícia, indicando quesitos a serem respondidos e a homologação dos valores recolhidos referentes aos itens 4 e 5 do Auto de Infração.

Contestando todos os argumentos apresentados pelo defendente (fls. 199/201), as autuantes prestaram informação fiscal, oportunidade que ressaltaram ter sido o auto de infração lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado e anexados aos autos.

Atacando a alegação de defesa em relação à infração 1, quando foi afirmando de que a autuação se pautou em procedimentos genéricos, observaram que nos demonstrativos elaborados encontravam-se todas as mercadorias elencadas no Anexo 88, quer sejam adquiridas por compra ou por transferência. Elas haviam sido extraídas dos arquivos magnéticos e confrontadas com os livros Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 21/76). Em seguida, afirmaram que não procedia a alegação de defesa quanto as "as massas alimentícias e biscoitos ou bolachas produzidas no Estado da Bahia."

Com respeito a infração 2, relataram que no dia 17 de dezembro de 2004 entregaram, contra recibo, planilhas dos resultados da fiscalização (fl. 18 do PAF). O autuado, além deste prazo, teve

o regulamentar de defesa, mas, mesmo assim, não apresentou provas contrárias à acusação. Em relação ao fato e conforme indicado pela defesa, de que somente foi constatada a existência de apenas 38 notas fiscais não lançadas, observaram que se tais documentos foram lançamentos, não foram detectados pela fiscalização, cabendo ao impugnante a contra prova, uma vez que emitidas pelos seus fornecedores idôneos e habituais, que só enviam mercadorias de pedido de compra já analisado e aprovado pelo cliente, cujo número do referido pedido consta do corpo da Nota Fiscal.

No que concerne a infração 3, informaram que os pagamentos apresentados às fls. 178 a 185 e 187 a 192 dos autos são exclusivamente do período de 1/1/2002 a 6/2002. Que as mercadorias constantes das fls. 120/128, extraídas dos documentos do autuado, referem-se, exclusivamente, às mercadorias inseridas na hipótese de incidência do art. 51, II, “h”, do RICMS/97, ou seja, deocolônia, todas relacionadas com seus respectivos códigos de produto especificado nos arquivos magnéticos e documentos fiscais.

Indicaram o reconhecimento do defendente das infrações 4 e 5.

Entendendo inoportuna a discussão sobre a taxa SELIC e a multa aplicada, requereram a procedência total do Auto de Infração.

Os autos foram baixados à IFEP/Metro para que fossem dadas a conhecer ao sujeito passivo as notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda. O prazo de defesa foi devolvido ao autuado (fl. 208).

A Repartição Fiscal intimou o contribuinte, cumprindo a solicitação deste Colegiado (fls. 211/212). Em 6/6/2005 o sujeito passivo protocolou nova manifestação (fls. 213/296) junto a este CONSEF, que a enviou à Repartição Fiscal (fl. 297) para ser apensada aos autos.

Nesta manifestação, o autuado após transcrever todas as infrações a ele imputadas e reconhecer o cometimento das indicadas como 4 e 5, atacou a infração 1 a entendendo, mais uma vez, insubsistente, pois os produtos listados no Auto de Infração não se encontravam enquadrados no regime da substituição tributária, como se segue:

. Biscoito polvilho - feito à base de polvilho azedo, não estando inserido no inciso II, do art. 353 do RICMS. Assim tem direito ao crédito fiscal;

Chester Geórgia – por ter, conforme notas fiscais, NCM 1602.32.00, este código demonstrava que o produto não se encontra na substituição tributária. Nestes termos, foi considerado, pela empresa, produto com tributação normal, com a conseqüente apropriação do crédito;

Codorna – com NCM 0208.90.00 não fazendo parte dos produtos com tributação por substituição tributária, sendo correta apropriação do crédito fiscal;

Frutess da NESTLÉ - , apesar de estarem com o código NCM 2106.90.90 , a Nestlé informou ter havido erro do se sistema e o código NCM correto é 0403.90.00, não inserido na substituição tributária. Noticiou, ainda, que a Nestlé regularizou seu sistema a partir de agosto de 2002, conforme se podia ser verificado nas notas fiscais emitidas após esse período;

Massas para pastéis Fresca e lasanha Frescarine – da mesma forma que o produto Frutess, o fornecedor (Frescarine) errou no código NCM (1901.20.00). Porém em consulta ao plantão fiscal a empresa foi informada que massas frescas para pastéis não fazem parte da substituição tributária, submetendo-se à tributação normal, com direito ao crédito.

Massas Luigi p/ pizza com borda – embora nas notas fiscais a NCM conste como 1902.20.00, trata-se de massa pré-cozida, não fazendo parte dos produtos tributados por substituição tributária. Anexou declaração do fornecedor informando que o código NCM do produto é 1902.2000, ou seja, massa cozida ou preparada de outra forma.

Peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro com NCM 1602.3200, não fazendo parte dos produtos elencados na substituição tributária.

No que concerne a infração 2, além das autuantes não terem verificado que algumas notas fiscais foram escrituradas, conforme documentos que disse estar anexando aos autos, outras não foram registradas porque não deram entrada no seu estabelecimento por terem retornado ao remetente. Entendeu que este fato inquinava a nulidade o auto de infração, por falta de clareza e imprecisão do lançamento fiscal.

Observou de que o fato era hipótese de retorno de mercadorias que não deram entrada no estabelecimento da empresa e não de devolução como caracterizou a fiscalização estadual. Para corroborar a sua tese, indicando o art. 636, II, "b" e 654, do RICMS/97, afirmou que não existe na legislação estadual qualquer obrigação de as escriturar. Sobre a matéria expôs seu entendimento.

Quanto a infração 3, transcrevendo as determinações do art. 51, II, "h", do RICMS/97, entendeu inconsistente o lançamento fiscal por dois motivos: primeiro, o fisco lançou inúmeras notas fiscais em duplicidade, conforme planilha que anexou aos autos; e, segundo, é exigida a diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do citado artigo (lavanda, alfazema, etc). Informou que embora os fabricantes adotem, por exemplo, os nomes "Deo Colônia Coty Lavanda" ou "Deo Colônia Belle Nature Alfazema", esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como lavanda e alfazema, conforme consignados nas notas fiscais.

Em seguida, requereu a nulidade da ação fiscal com base no art. 18, do RPAF/99 entendendo que o lançamento não contém os elementos de provas suficientes para a determinação exata da infração e do infrator, não é claro, nem tampouco preciso. Neste raciocínio, discorreu sobre nulidades em processos, trazendo as determinações do art. 333 do CPC, art. 142, do CTN, ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins e jurisprudência de tribunais superiores. Ressaltou, ainda, que o Decreto estadual nº 25.468, de 31/5/1999, que regulamentou a Lei nº 12.732/97 e que dispõe sobre a estrutura e competência do contencioso administrativo do Estado do Ceará, determina a declaração de nulidade do ato administrativo quando praticado com violação de preceito constitucional. Transcreveu o art. 53 do referido Decreto para concluir que o seu direito de defesa foi violado.

Passou em seguida, a contestar o percentual de multa de 60% e 70% e a inaplicabilidade da taxa SELIC, nos mesmos termos de sua contestação inicial.

Por fim, requereu a nulidade do lançamento fiscal, protestou por juntada posterior de provas por todos os meios permitidos em direito, requereu perícia, indicando quesitos a serem respondidos e a homologação dos valores recolhidos referentes aos itens 4 e 5 do Auto de Infração.

As autuantes foram chamadas para prestar nova informação fiscal (fl. 305). Elas assim se manifestaram: *Conforme determinação da 4ª junta de julgamento fiscal, procedemos a entrega das cópias das Notas Fiscais juntadas ao PAF às fls 79 a 118, conforme termo de recibo anexo. Ratificamos todo o procedimento fiscal adotado, corroborado na contestação anexa a presente peça às fls. 199 a 201, vez que a autuada, como era de direito, apenas prestou informações e esclarecimentos solicitados pela junta de julgamento fiscal. Aguardamos, como é de nossa obrigação, parecer técnico desse egrégio Conselho. S.M.J.* (fl. 307). Apensaram aos autos o recibo de entrega das cópias das notas fiscais conforme solicitação da 4ª JFJ (fl. 308).

Diante das determinações do art. 2º e art. 127, § 6º, ambos do RPAF/99, a 4ª JFJ baixou, novamente, os autos em diligência, para que as fiscais autuantes prestassem nova informação, abrangendo todos os aspectos da defesa apresentada e sua fundamentação (fl. 313).

Em atenção ao solicitado por este CONSEF, as autuantes, ressaltando o objetivo de evitar novas diligências, prestaram a seguinte informação fiscal:

1. disseram que estavam apresentando novos demonstrativos, a partir da análise da contestação e cópias de documentos fiscais apresentados às fls 214/296 dos autos, bem como, de todas as mercadorias constantes da planilha inicial onde foram excluídas todas aquelas que entenderam serem pertinentes as alegações da defesa;

2. em relação a infração 1, analisaram as mercadorias contestadas e incluídas no levantamento fiscal, conforme se segue:

Biscoito Polvilho – é, de fato, feito à base de povilho azedo, produto que não se encontra inserido no art. 353, II, do RICMS. No entanto, como o autuado não tributa o produto na saída, conforme check list do resumo dos registros em ECF, apenas estornaram o crédito, por se tratar de valor irrelevante, onde a diferença entre o crédito utilizado e o débito a ser apurado não representou prejuízo significativo e assim, evitaram elaborar várias planilhas (fls. 339/340). Ratificaram a infração quanto a esta mercadoria.

Chester Geórgia – embora o autuado tenha contestado a inclusão desta mercadoria no regime da substituição tributária, afirmaram que ele próprio tem conhecimento de seu enquadramento, pois não a tributa nas saídas, conforme provado através de cópias de alguns cupons fiscais e check list dos Resumos de registros em ECF. Estando enquadrada no regime da substituição tributária, o crédito é indevido.

Codorna – concordaram com o impugnante quanto a esta mercadoria e a excluíram do levantamento fiscal;

Frutess, da Nestlé – noticiaram que a Nestlé havia modificado alguns NCM de seus produtos a partir de julho de 2002. Assim, até esta data a NCM da mercadoria era 2106.9090 (do item 3.5, do inciso II do art 353, do RICMS/97). Como trabalham “com fatos” até esta data glosaram os créditos fiscais. A partir dela, como a NCM foi modificada para uma não prevista no art. 353, fato comprovado pelo próprio autuado á fls. 241, não incluíram este produto no levantamento dos créditos indevidos (fls. 347/348);

Massas para pastéis Frescas e lasanha Frescarine – da mesma forma do produto anterior, o autuado imputou a responsabilidade pelo erro ao seu fornecedor (Parmalat), que informou a NCM errada. Reafirmaram que o trabalho desenvolvido foi baseado em fatos. Em sendo assim, como constataram que a mercadoria havia sido tributada na saída, portanto não havendo prejuízo para os cofres da Fazenda Estadual, a excluíram do lançamento fiscal;

Massa Luigi para pizza com borda – observaram que nas notas fiscais não existe qualquer NCM. A apontada pelo impugnante (1902.2000) foi informada pelo seu fornecedor através de Declaração. No entanto, mesmo tendo conhecimento que o produto é massa para pizza, ou seja: discos para pizza cuja matéria prima preponderante é farinha de trigo, bem como, não ser o defendente enquadrado em qualquer item do art. 506, do RICMS/97, por se tratar de entendimento que deixam duvidas, excluíram da ação fiscal todas as pizzas, massas ou discos para pizzas.

Peito Chester defumado Perdigão (fat e inteiro com NCM 1602.3200) – concordaram com o autuante de que este produto não se encontra enquadrado no regime da substituição tributária. O equívoco decorrer do fato de que “Peito de Peru” é produto substituído e ter sua saída sem tributação, conforme check list anexo à fl. 349. Entretanto, ao realizar pesquisa, constataram que as saídas do referido produto se deram com tributação, o que as levou a suprimi-lo do demonstrativo revisado.

Em relação a infração 2, ressaltaram que se as notas fiscais se referiam a lançamentos efetuados, porém não detectados pela fiscalização, caberia ao autuado demonstrar em seus livros fiscais a existência do registro, o que não aconteceu. Se a falta de registro se deu por falha humana, admitida pela autuado, mesmo remota, a infração deveria ser mantida. E, se as mercadorias

retornaram aos fornecedores, este fato não ficou provado. Mantiveram o procedimento fiscal.

Quanto ao recolhimento a menos de deocolônias, observaram que à fl. 181, o impugnante juntou uma listagem onde consta a apuração do débito pela falta de recolhimento do ICMS calculado a alíquota de 27% referente aos produtos supérfluos, particularmente deocolônias exclusivamente nos meses de janeiro a junho de 2002; juntando cópias de DAE dos seus recolhimento (fls. 186/192). Quando de sua nova manifestação, juntou novas planilhas (fls 276/ 292) com os valores relativos ao débito proveniente do recolhimento a menos, inclusive, atendendo á intimação feita, cuja listagem dos produtos trazem NCM indicadas pelo próprio representante do autuado (fls. 355/360). Com tais dados, efetuaram outros levantamentos (fls. 350/354).

Em vista do exposto, requereram a manutenção parcial da autuação conforme demonstrativos apresentados.

Chamado para tomar conhecimento da informação prestada pelas autuantes (fls.361) o autuado manifestou-se (fls.363/364) informando o recolhimento do imposto referente às infrações 4 e 5 e requerendo, mais uma vez, a nulidade das infrações 1, 2 e 3 por ausência de prova e cerceamento de defesa do Auto de Infração. Afirmou que as autuantes se limitaram a alegar que a empresa era devedora ao Erário Estadual, sem qualquer prova material da acusação. Observou que a comprovação deste fato era o refazimento do lançamento, sendo excluída parte das infrações 1 e 3, o que a inquinava de nulidade o auto de infração, por falta de clareza e precisão do lançamento fiscal, conseqüentemente sendo cerceado seu pleno direito de defesa, conforme disposições do art. 18, IV, “a” e art. 39, III, do RPAF/99.

Atacando o mérito da infração 2, informou que mesmo sendo dever do fisco comprovar a entrada do produto, estava, nesta oportunidade, anexando documentos, colhidos junto aos seus fornecedores, onde restava provado de que as mercadorias não ingressaram no seu estabelecimento.

Requeru a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração e protestou por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive perícia e diligência.

VOTO

As arguições de nulidade feitas pelo impugnante ao lançamento fiscal não podem ser aceitas. A acusação, por infração, está clara, baseada na norma tributária vigente e em documentos emitidos pelos fornecedores do contribuinte, nos livros e documentos fiscais por ele mesmo produzidos e nas informações que a empresa prestou através dos seus arquivos magnéticos, não havendo, desta forma, qualquer motivo para ser alegado cerceamento do pleno direito de defesa. A condução incorreta de alguns procedimentos foi sanada por este Colegiado, com base e em obediência ao art. 18, § 1º, do RPAF/99. E, se erros foram cometidos, quanto ao mérito das questões ora abordadas, são casos de improcedência ou procedência parcial da autuação e não de sua nulidade.

No mérito, a infração 1 trata da utilização indevida de crédito fiscal em relação á mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Toda a defesa se baseou em que foram incluídas, nesta glosa, mercadorias que não estão inseridas no referido regime, a exemplo de massas alimentícias e biscoitos ou bolachas produzidas no Estado, afora que também foram incluídos salgados produzidos á base de farinha de trigo que não se encontram elencados no art. 353, II, 29, do RICMS/97. Quando de sua segunda manifestação, foi mais específico e indicou os produtos que não concordava com a glosa efetuada, quais sejam: biscoito polvilho, chester Geórgia, codorna, Frutess da NESTLÉ, massas para pastéis Fresca e lasanha Frescarine, massas Luiggi p/ pizza com borda e peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro.

As autuantes após analisar todas as razões de defesa e a norma regulamentar concordaram com a exclusão no levantamento dos produtos, codorna, Frutess da NESTLÉ, massas para pastéis Fresca e lasanha Frescarine, massas Luigi p/ pizza com borda e peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro. Não excluíram o biscoito polvilho e o chester Geórgia.

O autuado não mais discordou deste item da autuação quando apresentou nova manifestação, apenas requereu, novamente, a nulidade da ação fiscal por cerceamento de defesa. Este argumento já foi ultrapassado e ao não discordar das autuantes quanto aos produtos excluídos e não excluídos, significa que acatou a revisão realizada.

Porém, devo me manifestar a respeito desta revisão. No que se refere às exclusões feitas pelas autuantes, concordo com as mesmas, pois embora a lasanha Fescarine e o Peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro estejam incluídos, na época da ocorrência dos fatos geradores, no regime da substituição tributária (art. 353, II, 9, do RICMS/97), estando comprovado, inclusive com a afirmativa do próprio impugnante que nas notas fiscais o código NCM estava errado, a fiscalização, após pesquisa, constatou que as saídas dos referidos produtos se deram com tributação. Neste caso, o imposto foi satisfeito.

Em relação à não exclusão dos produtos Chester Geórgia e polvilho doce (biscoito polvilho Gina), razão assiste às autuantes quanto ao primeiro produto diante da norma legal. Porém discordo do seu posicionamento de que, mesmo sabendo que o produto a base de polvilho doce não está incluído na substituição tributária, por ser a cobrança de pequena monta, não o excluiu do levantamento fiscal. A cobrança do tributo somente pode ser realizada nos estritos termos legais. Assim para que o processo não se arraste por mais tempo e de acordo com o art. 2º, do RPAF/99, refaço o levantamento fiscal com base naquele apresentado pelas autuante às fls. 321/338 dos autos.

Excluindo o polvilho doce do levantamento fiscal

MÊS/ANO	CRÉDITO INDEVIDO	POLVILHO DOCE	CRÉDITO INDEVIDO
Jan/01	188,57		188,57
fev/01	57,24		57,24
mar/01	23,11		23,11
abr/01	223,81		223,81
mai/01	81,70		81,70
jun/01	485,64		485,64
jul/01	98,29	36,66	61,63
ago/01	147,72		147,72
set/01	94,28	11,00	83,28
out/01	333,61	11,00	322,61
nov/01	106,60		106,60
dez/01	252,01	7,34	244,67
TOTAL 2001	2.092,58	66,00	2.026,58
jan/02	109,84	7,34	102,50
fev/02	103,90	14,68	89,22
mar/02	127,25	14,68	112,57
abr/02	83,59	11,00	72,59
mai/02	59,72	7,34	52,38
jun/02	94,78	11,00	83,78
jul/02	72,52	22,08	50,44
ago/02	9,16	9,17	0,00
TOTAL 2002	660,76		563,48

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 1

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS	MULTA
10	31/01/2001	09/02/2001	188,57	60
10	28/02/2001	09/03/2001	57,24	60
10	31/03/2001	09/04/2001	23,11	60
10	30/04/2001	09/05/2001	223,81	60
10	31/05/2001	09/06/2001	81,70	60
10	30/06/2001	09/07/2001	485,64	60
10	31/07/2001	09/08/2001	61,63	60
10	31/08/2001	09/09/2001	147,72	60
10	30/09/2001	09/10/2001	83,28	60
10	31/10/2001	09/11/2001	322,61	60
10	30/11/2001	09/12/2001	106,60	60
10	31/12/2001	09/01/2002	244,67	60
10	31/01/2002	09/02/2002	102,50	60
10	28/02/2002	09/03/2002	89,22	60
10	31/03/2002	09/04/2002	112,57	60
10	30/04/2002	09/05/2002	72,59	60
10	31/05/2002	09/06/2002	52,38	60
10	30/06/2002	09/07/2002	83,78	60
10	31/07/2002	09/08/2002	50,44	60
TOTAL			2.590,06	

Mantenho a autuação relativa a esta infração no valor de R\$2.590,06.

A segunda infração exige multa pela falta de escrituração de aquisições de mercadorias tributáveis no estabelecimento nos exercícios de 2001, 2002 e 2003.

O defendente trouxe três argumentos para desconstituir a ação fiscal.

No primeiro disse que as autuantes se basearam, tão somente, em relatório do CFAMT. A respeito deste argumento, ressalto que as autuantes não se basearam em relatórios do CFAMT e sim nas terceiras e quartas vias dos documentos fiscais. Além do mais, conforme informado pelas autuantes, antes da lavratura do Auto de Infração ele tomou conhecimento das planilhas elaboradas. Porém como não existia, nos autos, prova de que a empresa autuada havia recebido cópia dos referidos documentos, a 4ª JJF solicitou que elas fossem dadas a conhecer ao contribuinte, o que foi realizado e reaberto prazo de defesa. Como as notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda são documentos de prova para constatação da irregularidade em questão, se falha houve sobre este aspecto, ela foi saneada, não havendo mais como o sujeito passivo alegar cerceamento de defesa.

No segundo, disse que algumas delas estavam registradas. Inclusive afiançou que estava anexando, aos autos, prova da sua alegação. A respeito deste argumento não posso concordar com o impugnante. A ação fiscal está baseada nas notas fiscais colhidas junto ao CFAMT e no livro Registro de Entradas da empresa, conforme provas acostadas às fls. 77/118 dos autos. Além do mais, a prova que disse ter não as trouxe. Inclusive, quando de sua última manifestação, não mais se referiu ao assunto. Assim, este argumento não pode ser levado em consideração.

No terceiro argumento, observou que houve retorno das mercadorias ao remetente. Ressaltou que a situação não era de devolução e sim de retorno, ou seja, as mercadorias não adentraram em seu estabelecimento comercial. Embora o argumento não seja motivo para a nulidade da ação fiscal conforme advogou o defendente, é necessária maior verificação, pois sendo retorno de mercadoria não recebida elas não são escrituradas.

Inicialmente, observo não ser da competência do fisco estadual pesquisar este fato, mas sim obrigação do contribuinte provar suas operações comerciais. O pedido houve, a mercadoria circulou e se ela não adentrou no estabelecimento, cabe á empresa esta prova.

No mais, o art. 636, II, "a" e "b", do RICMS/97 determina que o Conhecimento de Transporte ou a nota fiscal originária poderão servir para acobertar as mercadorias devolvidas ou retornadas pelo adquirente. Em seu art. 654 indica todas as providências que o remetente deve tomar ao receber as mercadorias devolvidas, entre elas emitir nota fiscal de entrada e escriturá-la. Assim, ao trazer ao processo as notas fiscais de entradas e cópia do livro Registro de Entradas dos seus fornecedores, o sujeito passivo desconstituiu a multa aplicada sobre as seguintes notas fiscais:

240.013, de 14/2/2001 (Nota Fiscal de entrada nº 240.536, emitida em 19/2/2001 – fls. 366/367 e declaração do fornecedor á fl. 377);

240.014, de 14/2/2001 (Nota Fiscal de entrada nº 240.537, emitida em 19/2/2001 – fls. 368/369 e declaração do fornecedor á fl. 377);

157.069, de 29/6/2001 (Nota Fiscal de entrada nº 158.136, emitida em 6/7/2001 – fls. 370/371 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 372);

158.827, de 11/7/2001 (Nota Fiscal de retorno nº 159.917, emitida em 19/7/2001 – fls. 373/374 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 375);

12.490, de 26/8/2001 (Nota Fiscal de entrada nº 12.530, emitida em 29/8/2001 – fls. 378/390);

138.885, 138.884 e 138.886, todas emitidas em 9/8/2001 (Notas Fiscais de entrada nº 004.975, 004.972 e 004.976, emitidas em 14/8/2001 – fls. 264/269);

603.036, de 28/9/2001 (Nota Fiscal de retorno nº 607.206, emitida em 10/10/2001 – fls. 258/259 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 260);

193.032, de 24/1/2002 (Nota Fiscal de entrada nº 006.295, emitida em 28/1/2002 – fls. 271/272).

693.537, de 23/5/2001 (Nota Fiscal de retorno nº 705.131, emitida em 18/6/2001 – fls. 261/262 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 263);

Não posso aceitar as provas trazidas pelo defendente em relação as notas fiscais emitidas pela Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda (NF nº 75.810, 60.654 e 49.665), pois no livro Registro de Entrada do fornecedor não consta qualquer registro (fls. 248/253) e não houve a apresentação da nota fiscal de entrada de retorno ou devolução.

De igual forma, as notas fiscais constantes das fls. 254/257 dos autos e emitidas pela Parmalat Brasil S/A, pois documentos do exercício de 2000, não autuado.

Quanto a Declaração da empresa Dairy Partners Américas Brasil Ltda., afirmando que as mercadorias, constantes da Nota Fiscal nº 4269 e emitida em 21/3/2003, retornaram ao seu estabelecimento e foi, na ocasião, emitida nota fiscal de entrada de nº 4388 em 24/3/2003 (fl. 378), não posso aceitar este documento sem outras provas, conforme aceitei a declaração da Nestlé Brasil Ltda., já que acompanhada das cópias das notas fiscais de entradas.

Diante do exposto mantenho parcialmente a infração, aplicando a multa no valor de R\$1.434,84, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 2

DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	VALOR MULTA COBRADA NO AI	VALOR MULTA SOBRE NF EXCLUÍDAS	VALOR DA MULTA COBRADA
31/01/2001	09/02/2001	63,44	0,00	63,44
28/02/2001	09/03/2001	75,61	50,48	25,13
30/04/2001	09/05/2001	35,31	0,00	35,31

31/05/2001	09/06/2001	93,51	0,00	93,51
30/06/2001	09/07/2001	96,33	20,20	76,13
31/07/2001	09/08/2001	86,86	50,90	35,96
31/08/2001	09/09/2001	179,60	143,07	36,53
30/09/2001	09/10/2001	32,90	32,90	0,00
31/10/2001	09/11/2001	45,85	0,00	45,85
31/12/2001	09/01/2002	49,10	0,00	49,10
31/01/2002	09/02/2002	98,29	21,26	77,03
31/05/2002	09/06/2002	201,79	27,57	174,22
31/07/2002	09/08/2002	166,21	0,00	166,21
31/10/2002	09/11/2002	78,00	0,00	78,00
31/12/2002	09/01/2003	329,36	0,00	329,36
31/01/2003	09/02/2003	54,30	0,00	54,30
31/03/2003	09/04/2003	23,64	0,00	23,64
30/04/2003	09/05/2003	71,12	0,00	71,12
TOTAL				1.434,84

A infração 3 exige ICMS pelo recolhimento a menos do tributo em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos exercícios de 2001 a 2003. A infração foi apurada pela análise dos dados do Registro 60R dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via Sintegra, ou seja, através de informações prestadas pela própria empresa autuada, não havendo qualquer motivo para se alegar cerceamento de defesa.

Ao impugnar o lançamento fiscal, o sujeito passivo afirmou que lançou inúmeras notas fiscais em duplicidade, conforme planilha que anexou aos autos, que já havia recolhido o imposto sobre a diferença de alíquota de 17% para 25% (produtos supérfluos), além do fato de que foram autuadas mercadorias não inclusas no art. 51, II, do RICMS/97, a exemplo de "Deo Colônia Coty Lavanda" ou "Deo Colônia Belle Nature Alfazema", produtos classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como lavanda e alfazema, conforme consignados nas notas fiscais. Após analisar todos os argumentos de defesa, as autuantes realizaram uma revisão do lançamento fiscal, apresentando novos valores de ICMS a ser exigido. Quando de sua última manifestação, oportunidade em que tomou conhecimento da modificação de débito efetuada pelo fisco e com base nos seus argumentos, o sujeito passivo não mais se manifestou, o que entendo como aceitação dos valores indicados.

Por esta razão, tomo como correto o levantamento revisado pelas autuantes e mantenho a autuação referente a este item no valor de R\$999,95, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 3

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS	MULTA
10	31/01/2001	09/02/2001	30,90	60
10	28/02/2001	09/03/2001	20,67	60
10	31/03/2001	09/04/2001	18,77	60
10	30/04/2001	09/05/2001	21,37	60
10	31/05/2001	09/06/2001	23,34	60
10	30/06/2001	09/07/2001	21,13	60
10	31/07/2001	09/08/2001	18,01	60
10	31/08/2001	09/09/2001	37,01	60
10	30/09/2001	09/10/2001	24,25	60
10	31/10/2001	09/11/2001	27,09	60
10	31/01/2002	09/02/2002	67,54	60
10	28/02/2002	09/03/2002	83,76	60
10	31/03/2002	09/03/2002	75,12	60

10	30/04/2002	09/03/2002	71,83	60
10	31/05/2002	09/06/2002	91,93	60
10	30/6/2002	09/7/2002	47,16	60
10	31/01/2003	09/02/2003	23,82	60
10	28/02/2003	09/03/2003	21,86	60
10	31/03/2003	09/04/2003	26,78	60
10	30/04/2003	09/05/2003	38,09	60
10	31/05/2003	09/06/2003	33,06	60
10	30/06/2003	09/07/2003	13,36	60
10	31/07/2003	09/08/2003	26,29	60
10	31/08/2003	09/09/2003	22,88	60
10	30/09/2003	09/10/2003	23,03	60
10	31/10/2003	09/11/2003	11,36	60
10	30/11/2003	09/12/2003	33,41	60
10	31/12/2003	09/01/2004	42,93	60
TOTAL			996,75	

A quarta infração exige ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento comercial, por não ter sido respeitado a proporcionalidade determinada em lei, no mês de maio 2002 e na quinta infração, foi aplicada multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, sobre mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no mês de março de 2003. O autuado confessou as irregularidades, recolhendo os valores cobrados. Não havendo lide a ser decidida as mantenho nos valores de R\$1.142,62 e R\$241,70, respectivamente.

Por fim, o autuado ainda se insurgiu contra a aplicação da taxa SELIC para correção do débito exigido e contra a multa aplicada, a nominado de cunho confiscatório. Esta é questão que não cabe discussão neste foro administrativo, pois em ambos os casos, as previsões estão determinadas na legislação tributária vigente.

Voto pela procedência parcial da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$4.729,43, mais as multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$1.676,54, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **123430.0003/04-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.729,43**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$1.676,54**, previstas no art. 42, incisos IX e II “d” c/ § 1º, do mesmo Diploma Legal, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR