

A. I. N° - 115484.0003/05-7
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A
AUTUANTE - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 27. 12. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0485-04/05

EMENTA: **ICMS. 1.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido 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. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. **2.** ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Comprovado que as operações sujeitas à alíquota de 25% ou 27% foram tributadas a 17%. Infração caracterizada. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DOS REGISTROS TIPO 60 EQUIVALE A FALTA DE ENTREGA. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações de saídas realizadas. Infração comprovada. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 08/08/2005, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Multa percentual sobre o imposto que deveria ser 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, no mês de março de 2003, no valor de R\$ 313,12.
2. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$190,52, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias (DEO COLÔNIAS) regularmente escrituradas, apurada através do exame do registro 60R dos arquivos magnéticos enviados pelo autuado via SINTEGRA, tudo conforme planilhas demonstrativas
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.230,84, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

4. Multa no valor de R\$368.366,61, por ter deixado de fornecer arquivo magnético, mediante intimação, com incorreções das operações realizadas. A Empresa não tem cumprido a contento as exigências quanto aos arquivos Magnéticos, apresentado inconsistência na descrição do produto utilizando a expressão “ITEM COMPLEMENTAR”, “SEÇÃO PREÇO e registros 50 sem o correspondente 54”, dificultando sobremaneira a atuação da fiscalização, anexo V.

O autuado, apresentou defesa, às folhas 377/396, argüindo como preliminar de nulidade a falta de clareza e precisão do Auto de Infração. Sustenta que o lançamento fiscal, além de não conter os elementos suficientes para a determinação exata da infração e do infrator, não é claro nem preciso, em relação às descrições dos fatos geradores das infrações, dos dispositivos infringidos, tampouco das suas bases de cálculos.

Quanto a Infração 02, diz que o fisco não comprova a infração, posto que não demonstra que os produtos dos “Demonstrativos de Deo Colônia” têm código NBM das mercadorias às quais se aplica a alíquota de 27% (25% + 2%).

Com relação às infrações 03, argüiu que:

- a) Apresenta uma planilha confusa e imprecisa, uma vez que está exigindo imposto decorrente da antecipação tributária, mas o campo destinado à base de cálculo do ICMS por antecipação encontra-se zerado;
- b) Não apresentou os documentos fiscais mencionados na planilha, e muito menos menciona que se encontram nos autos, fazendo referências apenas ao anexo referente a planilha fiscal, fato que cerceia não apenas o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal do autuado, como também impossibilita a apreciação dos fatos pelos julgadores;
- c) Não comprova a proporção do imposto antecipado com a tributação decorrente da saída subsequente do mesmo produto.

No tocante a Infração 04, aduz que não prova que houve intimação e sequer prova a ocorrência das referidas inconsistências nos arquivos magnéticos.

Argumenta que, todos estes fatos inquinam de nulidade o Auto de Infração com base nos arts. 18, IV, “a” e 39, III, do RPAF/99, transcrevendo-os.

Alegou que o ônus da prova é do fisco, conforme os arts. 333, I do CPC e 142 do CTN, e transcreveu doutrinas e jurisprudências neste sentido. Argumentou que o demonstrativo anexado ao Auto de Infração não esclarece nem prova coisa alguma e requereu a nulidade da autuação por falta de provas e por cerceamento de defesa.

No mérito, reconhece a procedência da infração 01.

Em relação a Infração 02, diz que pagou a diferença de alíquota existente, conforme comprovam os documentos de recolhimento em anexo, não estando demonstrado e nem explicada a motivação da exigência fiscal.

Aduz que a autuação não prospera, pois está sendo exigida diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, II, “h” do RICMS/97, o qual transcreveu, eis que não se referem a águas-de-colônia, colônia e deo-colônia, como, por exemplo, a lavanda, a alfazema, etc.

Quanto a infração 03, diz que improcede a autuação uma vez que o direito ao crédito encontra-se amparado na Constituição Federal.

Salienta que a exigência fiscal na forma apresenta não comprovou a realização do encontro de contas (compra e venda), ou seja, não refez a escrita fiscal do autuado, implica em pagamento em duplicidade do ICMS: primeiro antecipando, no ato da compra; segundo, pelo auto de infração. Só que neste caso, com os acréscimos de multa confiscatória, juros e correção monetária.

Ressalta que inúmeras mercadorias incluídas na autuação não se enquadram no art. 353, do RICM/97, uma vez que não estão consignadas na lista como sujeitas à substituição, como o produto “Bebida Láctea Morango Vale Gut 1000ml”, cujo código NBM é 0403.90.00, onde o fisco confundiu com o “iogurte” que está na substituição do citado artigo, mas tem código diferente do caso em tela, eis que o seu código NBM é 0403.10.00.

Diz que o mesmo aconteceu com o produto “BOLO”, pois vem sendo, erroneamente, tributado antecipadamente pelo fornecedor, porém, houve tributação na saída.

Acrescenta que, a autuante considerou como créditos indevidos aqueles referentes às aquisições de salgados produzidos à base de farinha de trigo. Sustenta que o inciso II, do art. 353 do RICMS/97, c/c art. 7º inciso II, alínea “c” do Decreto nº 7.824/00, relaciona as mercadorias cujo lançamento e recolhimento do ICMS devem ser realizados por antecipação tributária, e, não consta na relação os salgados a base de farinha de trigo, mas somente os salgados preparados à base de cereais, batata, amendoim ou castanha de caju, conforme item 29 do inciso II do art. 353 do RICMS/97, que trata de salgados industrializados.

No tocante a infração 04, aduz que não procede, pois não houve nenhum tipo de omissão nem divergência, o que aconteceu foi um mero erro de preenchimento da migração dos dados da base para o programa do SINTEGRA, o que, não causou prejuízo algum ao fisco. Observa que não deixou de apresentar os arquivos magnéticos. O próprio autuante só afirma que a intimação ao autuado se deu devido ao fato de que foi encontrado “inconsistência na descrição do produto”, mas em momento algum comprova essas intimações, se é que elas existiram.

Argumentou que, se não intimou o autuado para retificar as inconsistências acaso existentes, muito menos lhe forneceu a “Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas”, ao arrepio do que determina o § 3º, do art. 708-B, do RICMS/97, o qual transcreveu. Destaca que o dispositivo é claro ao determinar que “DEVERÁ ser fornecida ao contribuinte Listagem...” não se trata de discricionariedade, mas de obrigação do fisco não cumprida. Afinal, o autuado necessita saber precisamente o que corrigir para fazê-lo. E dessa intimação, caso tivesse ocorrido acompanhada da citada Listagem de erros, o autuado teria o prazo de 30 dias úteis para corrigir, nos termos do § 5º desse artigo 708-B, do mesmo regulamento.

Suscitou a inaplicabilidade e a inconstitucionalidade da Taxa Selic e afirmou que não tem cabimento a aplicação de multa nos percentuais de 60% e 70%, ante a sua ilegalidade e inconstitucionalidade. Requereu a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração e que seja levado em consideração o princípio do “in dubio pro contribuinte” insculpido no art. 112 do CTN, transcrevendo ementas de julgados do STJ e do STF.

Ao finalizar, protestou pela juntada posterior de provas, inclusive perícia e diligência, e pediu a homologação do pagamento da Infração 01, tendo elaborando os quesitos da diligência requerida.

A autuante na informação fiscal, fls. 450/455, alega que o Auto de Infração foi lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado, estando as infrações cometidas descritas com os elementos e fundamentos legais pertinente e que atendeu as determinações contida no RPAF vigente.

Em relação as preliminares esclareceu que:

- 1- Diz que comprovará na discussão do mérito que o autuado foi intimado a indicar os referidos códigos NCM e que o fez do seu próprio punho, folhas 43 a 48.
- 2- Em relação a infração 03, diz que as planilhas apresentadas é o espelho fiel dos arquivos magnéticos do autuado, não tendo alterado nenhum dado, apenas somou os valores constantes da coluna ICMS calculado e o confrontou com o livro Registro de Entrada de Mercadorias. Reitera que a autuação é decorrente da utilização indevida de crédito e não antecipação como mencionado pelo autuado em sua defesa.

3- Quanto a infração 04, aduz que analisando às folhas 11 a 28 e 106 a 309 observa-se que o processo está rigorosamente dentro do que determina a legislação vigente.

Em relação ao mérito, salienta que o autuado confessa o débito da infração 01.

Em relação a Infração 02, informa que apresentou ao autuado correspondência com relações anexas de todas as Colônias, Deo colônias, Lavandas e perfumes constante dos sus arquivos magnéticos, a fim de pudesse informar os NCM dos mesmo, os quais foram apostos do próprio punho de um seu preposto, tudo contra recibo às folhas 43 à 48. A partir daí, tomou como verdadeira as informações prestadas, e efetuou outro levantamento que deu origem ao débito. Diz que não incluiu valores que já estavam sendo recolhidos. Se o imposto foi recolhido como afirmou o autuado, deveria ter acostado aos autos.

Quanto a infração 03, salienta não confundiu o produto “BEBIDA LÁCTEA VALE GUT” com iogurte, o crédito é indevido porque a firma não tributa na saída nenhuma Bebida Láctea, fato correto por se tratar de bebidas a base de leite, prevista no art. 353 conforme check list em anexo, onde preencheu com negrito o produto sem destaque de ICMS nas saídas, classificada como outras as folhas 467/476, sendo procedente a autuação. Na mesma forma em relação aos produtos: “VALE GUT MORANGO TETRA REX 1000G E BEB. LÁCTEA MORANGO VALE GUT 1000ML”; “BEB. LÁCTEA MORANGO VALE GUT 180ML” e “BEB. LÁCTEA MORANGO PARMALAT e BEB. LÁCTEA MORANGO TETR, PARMALAT”.

O mesmo acontece com produto “BOLO”, pois o fornecedor classificou corretamente ao enquadrar no item 11.4.2 todos os produtos com NCM básico 1905. Isto posto, conforme determina o RICMS/97, a infração procede vez que ao contrário do que diz, o autuado não tributou o produto na saída, conforme check list em anexo, folhas 477 à 481.

“CHESTER GEÓRGIA INTEIRO”, comprovada a infração através de cópias de cupons fiscais folhas 87, 88 e 91 e check list folhas 489/490.

Aduz que elaborou no demonstrativo excluindo do levantamento os produtos “SALG. CHEDDAR COMBOS”; “DUDUZINHOS QUEIJO SCOOPY-DOO 300G”; “DUDUZINHOS CORNFLAK SCOOPY-DOO 300G”;

FRUTESS – aduz que é do conhecimento de todos que a empresa citada, modificou algumas NCM de seus produtos a partir do mês de julho de 2002 e somente até este período considerou como de fato é crédito utilizado indevidamente, pois trabalhou com fatos, tendo certeza da procedência da autuado. Salientaram que, o que ultrapassou este período desconsiderou por constar NCM diverso do previsto no art. 353, fato comprovado pela própria autuada às folhas 207 a 208, onde circularam as datas ficando clara a mudança.

Relativamente a infração 04, assevera que às folhas 11 a 28 constam a intimação para correção dos arquivos magnéticos e check list dos arquivos apresentados, datados de 06/04/2005 e assinado pela funcionária analista contábil, Sra. Claudenice Santos. Transcorridos 02 (dois) meses, o autuado não tomou conhecimento da intimação, o que levou a efetuar outras intimações, entregando outros check list bem como entregou os demonstrativos gravados em meio magnético, contra recibo datados de 10/06/2005 e assinados pelo preposto do autuado Sr. Gildásio Bezerra da Silva, folhas 106 a 114.

Ressaltou que, conforme comprovado às folhas 367/373, desde o início de 2004, portanto, há quase 02 (dois) anos a empresa vem sendo intimada reiteradas vezes a corrigir seus arquivos magnéticos, intimações estas que levaram o autuado a solicitar prazos e, inclusive, fazendo seu próprio cronograma de entrega, sem, contudo cumprir com o acordado, fato relatado na peça inicial, no campo “Descrição dos fatos”

Ao finalizar, opina pela manutenção parcial do Auto de Infração, com base nos demonstrativos elaborados.

Às folhas 456/458, a autuante acostou os novos demonstrativos, os quais foram entregue ao autuado.

O autuado, às folhas 504/508, em nova manifestação, reitera o pedido de nulidade da autuação por ausência de prova e cerceamento de defesa.

No mérito, em relação à infração 02, observa que a autuante não encontrou o pagamento da diferença, razão pela qual, anexa cópia dos comprovantes de recolhimento referente aos meses de janeiro a junho de 2002, reiterando os demais argumentos defensivos.

No tocante à infração 03, reitera que comprovou que os produtos “BEB. LÁCTEA MORANGO VALE GUT 1000ML” e “BOLO” não estão sujeitos ao regime da substituição tributária.

Quanto à infração 04, reitera os argumentos anteriores.

Ao finalizar, requer a nulidade da exigência fiscal ou que seja julgado improcedente.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 04 (quatro) infrações.

Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

O autuado requereu a nulidade das autuações 01, 02, 03 e 04, alegando falta de provas e cerceamento de defesa, sob o argumento de que o demonstrativo anexado não prova coisa alguma, que as acusações são genéricas, a autuante não analisou os documentos e não observou que algumas das mercadorias encontram-se amparadas por regime de substituição tributária. Constatei que a autuante anexou ao processo os demonstrativos das infrações e o arquivo magnético fornecido pelo autuado, os quais demonstram claramente as infrações e infrator, ficando caracterizado que a autuante analisou as operações realizadas pela empresa. Constatei, ainda, que as acusações foram descritas mediante a lavratura do Auto de Infração informatizado, sendo as usualmente utilizadas pela SEFAZ/BA. Por sua vez, alegação de que algumas mercadorias não estariam enquadradas no regime de substituição tributária não é causa de nulidade. Ademais, não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação à presente lide.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a infração 01. Portanto, não existe lide em relação à referida imputação, estando caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 02, 03 e 04, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Na infração 02, o autuado é acusado de ter recolhido a menos ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias (DEO COLÔNIAS) regularmente escrituradas.

Entendo que a infração em tela encontra-se caracterizada, uma vez que foi embasada nos livros, documentos fiscais e arquivos magnéticos entregues pelo próprio autuado. Ressalto que o código NCM foram indicados pelo próprio autuado conforme comprova os documentos de folhas 43 a 48.

Saliento que o débito encontra-se demonstrado nas planilhas de folhas 36 a 48, as quais foram entregues ao autuado.

Não acato a alegação do contribuinte de que já teria recolhido o ICMS devido, uma vez que os DAE's apresentados na 2ª manifestação defensiva são de valores totalmente diferente nos consignado na infração, vale ressaltar que o autuado não apresentou nenhuma memória de cálculo para comprova que o recolhimento se refere aos valores objeto da lide.

Na infração 03, foi detectado que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Em sua defesa o autuado apontou diversos equívocos no levantamento fiscal, pois teria incluído diversos produtos que não estariam enquadrados na substituição tributária.

Observei que a autuante, quando da informação fiscal revisou seu levantamento, excluindo diversos produtos e elaborou novos de demonstrativos, os quais foram entregue ao autuado, sendo estabelecido o prazo de lei para se pronunciar.

Todavia, o autuado nesta nova manifestação apenas questionou os produtos "BEB. LÁCTEA MORANGO VALE GUT 1000ML" e "BOLO" por entender que não estão sujeito ao regime da substituição tributária.

O argumento do autuado não pode ser acolhido, pois conforme ressaltou a autuado na informação fiscal o autuado não tributa os referidos produtos na saídas, afirmação não questionadas pelo contribuinte. Tal fato demonstra que o autuado reconhece que os referidos produtos encontram-se sujeitos as normas da substituição tributária, realizando saídas sem débito do imposto. O referidos produtos encontram-se efetivamente elencados no art. 353, II, do RICMS/97, conforme redação da época dos fatos geradores, como "bebidas alimentares à base de leite ou de cacau" e "mistura de farinha de trigo".

Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 2.392,85, conforme abaixo:

MÊS	ANO	ICMS DEVIDO
janeiro	2001	21,91
fevereiro	2001	3,89
março	2001	30,25
abril	2001	65,40
maio	2001	134,03
junho	2001	74,82
julho	2001	46,63
agosto	2001	100,32
setembro	2001	51,17
outubro	2001	165,75
novembro	2001	95,34
dezembro	2001	67,76
janeiro	2002	55,60
fevereiro	2002	77,66
março	2002	107,50
abril	2002	139,79
maio	2002	96,18
junho	2002	166,28
julho	2002	140,10
agosto	2002	89,07
setembro	2002	70,48
outubro	2002	127,43
novembro	2002	119,79
dezembro	2002	32,57
TOTAL		2.079,72

Na infração 04 é aplicada multa em decorrência da não apresentação dos arquivos magnéticos, solicitados por sucessivas intimações.

O autuado encontra-se obrigado a entregar os arquivos magnéticos por ser usuário de SEPD, por livre opção sua. Assim, o art. 708-A, do RICMS/97, determina que os contribuintes do ICMS autorizados ao uso de SEPD deverão entregar o arquivo magnético referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações efetuadas.

No mesmo sentido, o art. 708-B estabelece que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria.

Saliento que o contribuinte foi intimado, pela autuante, por diversas vezes para regularizar a situação, ou seja, para correção dos arquivos magnéticos, tendo recebido o check list dos arquivos apresentados conforme documentos acostados ao PAF, fls. 11 a 28 e 106 a 309, período bastante superior ao previsto na legislação para o cumprimento da obrigação, porém, não adotou qualquer providência para sanar a irregularidade sem aplicação da multa.

Logo, entendo que não resta qualquer dúvida quanto ao acerto do procedimento do autuante, estando caracterizada a infração em tela.

Em relação à inconstitucionalidade da taxa SELIC e das multas nos percentuais de 60% e 70%, mais uma vez, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Por sua vez, a jurisprudência consolidada deste Órgão Julgador é no sentido de que a mesma é devida, pois a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Na mesma forma, as multas de 60%, 70% e 1%, encontram-se previstas no art. 42, II, “a”, III, VII, ‘a’ e XIII-A, “g”, da Lei 7.014/96, não tendo nenhum caráter de confisco, como alegou o autuado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO	VALOR DA MULTA	MULTA %
1	PROCEDENTE		313,12	
2	PROCEDENTE	190,52		60
3	PROC. PARTE	2.079,72		60
4	PROCEDENTE		368.366,61	
TOTAL		2.270,24	368.679,73	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **115484.0003/05-7**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.270,24**, acrescido da multa de 60%, prevista 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\$368.679,73**, previstas nos incisos II, “d” c/c § 1º e XIII-A, “g”, todos no mesmo artigo e lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – JULGADOR