

PROCESSO - A. I. Nº 123430.0002/04-4
RECORRENTE - BOPREÇO BAHIA S/A (MINI BOPREÇO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0476-04/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 08.06.06

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0195-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO ICMS POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. As razões recursais já foram analisadas quando da Decisão recorrida, sendo parcialmente acatadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTAS DE 10% E 1%, RESPECTIVAMENTE, SOBRE O VALOR COMERCIAL. A simples alegação do recorrente, o qual cabe o ônus da prova, de que tais operações foram devolvidas aos fornecedores, sem a devida apresentação de documentos comprobatórios, não elide as imputações, as quais encontram-se documentalmente comprovadas. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Falta competência a este órgão para apreciar a argüição de constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator em relação às infrações 2 e 3. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, Acórdão nº 0476-04/05, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, fls. 336 a 346, visando reformar a Decisão, que exige o pagamento do imposto nas seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$9.266,68, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, apurada com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, sujeitando-se a multa no valor de R\$254,10 equivalente a 10% sobre o montante dos documentos fiscais não escriturados nos livros fiscais.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, apurada com base em notas fiscais coletadas no CFAMT, sujeitando-se a multa no valor de R\$90,23 equivalente a 1% sobre o montante dos documentos fiscais não escriturados nos livros fiscais.
4. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$1.152,18, 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.
5. 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\$159,94;

A JJF decidiu a lide com o voto a seguir transcrito:

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 05 (cinco) infrações.

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade 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, as autuantes não analisaram os documentos e não observaram que algumas das mercadorias encontram-se amparadas por regime especial. Constatei que as autuantes anexaram ao processo os demonstrativos das infrações e o arquivo magnético fornecido pelo autuado, os quais demonstram claramente as infrações, viçando caracterizado que as autuantes analisaram as operações realizadas pela empresa. Constatei, ainda, que as acusações foram descritas mediante a lavratura do Auto de Infração informatização, sendo as usualmente utilizadas pela SEFAZ/BA. Por sua vez, alegação de que algumas mercadorias teriam regime especial 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 a presente lide, uma vez que já foram realizadas 02 (duas) diligências.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu a infração 05 e acostou cópia de DAE referente ao pagamento. Portanto, não existe lide em relação à referida imputação, estando caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 01, 02, 03 e 04, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Na infração 01, o autuado é acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Em sua defesa o autuado alegou apontou diversos equívocos no levantamento das autuantes, tendo as autuantes, quando da última diligência revisado seu levantamento, excluindo diversos produtos e elaboraram novos demonstrativos, os quais foram entregue ao autuado, sendo estabelecido o prazo de lei para se pronunciar. Todavia, o autuado silenciou. Interpreto este silêncio como reconhecimento tácito por parte do autuado dos novos valores e demonstrativos apresentados pela diligência fiscal. Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 2.686,71, conforme abaixo:

MÊS	ANO	ICMS DEVIDO
JANEIRO	2001	171,08
FEVEREIRO	2001	76,38
MARÇO	2001	18,99
ABRIL	2001	270,91
MAIO	2001	23,69
JUNHO	2001	313,00
JULHO	2001	145,40
AGOSTO	2001	176,20
SETEMBRO	2001	193,01
OUTUBRO	2001	215,83
NOVEMBRO	2001	172,25
DEZEMBRO	2001	232,81
JANEIRO	2002	137,48
FEVEREIRO	2002	88,06
MARÇO	2002	163,17
ABRIL	2002	75,05

MAIO	2002	32,94
JUNHO	2002	81,76
JULHO	2002	29,27
AGOSTO	2002	23,52
SETEMBRO	2002	13,25
OUTUBRO	2002	5,92
NOVEMBRO	2002	13,19
DEZEMBRO	2002	13,55
TOTAL		2.686,71

Nas infrações 2 e 3, o autuado é acusado de ter dado entrada de mercadorias em seu estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi cobrada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não tributável (Infração 2) e 1% sobre o valor comercial das mercadorias tributadas (Infração 3).

Em sua defesa, alega o autuado que algumas notas estariam escrituradas e outras não entraram em seu estabelecimento, sem apresentar qualquer elemento de prova.

Entendo que as infrações encontram-se caracterizadas, uma vez que o autuado não comprovou que as notas objeto da autuação estavam escrituradas. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Na infração 04, 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.

Em sua peça defensiva o autuado diz que pagou a diferença de alíquota existente, conforme comprovam os documentos de recolhimento que acostou aos autos, não estando demonstrado e nem explicada a exigência fiscal.

Na última diligencia realizada, as autuantes, assim como na infração 01, revisaram o levantamento, folhas 293/295, e o demonstrativo de débito, folha 259, os quais foram entregue ao autuado, sendo estabelecido o prazo de lei para se pronunciar. Todavia, o autuado silenciou. Interpreto este silêncio como reconhecimento tácito por parte do autuado dos novos valores e demonstrativos apresentados pela diligência fiscal. Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 173,05, conforme abaixo:

MÊS	ANO	ICMS DEVIDO
JANEIRO	2001	17,24
FEVEREIRO	2001	9,60
MARÇO	2001	12,95
ABRIL	2001	9,38
MAIO	2001	15,31
JUNHO	2001	11,73
JULHO	2001	17,94
AGOSTO	2001	14,44
SETEMBRO	2001	11,38
OUTUBRO	2001	22,81
JULHO	2002	0,92
AGOSTO	2002	3,71
SETEMBRO	2002	5,58
OUTUBRO	2002	3,52
NOVEMBRO	2002	6,62
DEZEMBRO	2002	9,92
TOTAL		173,05

Em relação à constitucionalidade da taxa SELIC e das multas percentuais de 60%, 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 foram, a multa de

60%encontra-se prevista no art. 42, II, “a”, 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	PROC. PARTE	2.686,71		60
2	PROCEDENTE		254,10	
3	PROCEDENTE		90,23	
4	PROC. PARTE	173,05		60
5	PROCEDENTE		159,94	
TOTAL		2.859,76	504,27	

Em seu Recurso Voluntário o recorrente, preliminarmente requer a exclusão do valor confessado e pago do quadro de débito, referente à infração 4 e 5 DAEs às folhas 354 e 356.

Como preliminar de nulidade, alegou que a fiscalização não apresentou prova da ocorrência da ilegalidade atribuída:

Quanto à infração 1, as autuantes alegaram genericamente que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, sem atentar para as mercadorias das massas alimentícias, bolachas e biscoitos e quanto às infrações 2 e 3 qual a totalidade da cobrança sob a suposta assertiva da falta de registro na escrituração fiscal, quando se sabe que é dever em cumprimento ao poder de polícia do próprio autuante a verificação da baixa do recolhimento na CFAMT pelo fornecedor do recorrente. E se ainda não bastasse, aplicar uma multa exorbitante de 10% e 1% sobre o valor comercial das mercadorias.

Que resta configurado que as infrações 1, 2 3 não foram demonstradas com clareza. Onde a fiscalização não apresentou provas da ocorrência da ilegalidade atribuída, o que por si só já resultaria em nulidade do procedimento e, consequentemente, na inexigibilidade dos valores lançados.

Também não foi observado, ao serem separadas as notas fiscais, que não se aplica a antecipação tributária aos salgados à base de farinha de trigo.

Com relação às infrações 2 e 3, diz que as autuantes deixaram de analisar cuidadosamente os documentos fiscais do autuado que atestam que algumas notas fiscais foram escrituradas e que outras mercadorias não foram registradas porque não deram entrada no estabelecimento defendantem em virtude do seu retorno ao remetente, o que inquinava de nulidade o Auto de Infração, pois demonstrou a falta de clareza e imprecisão do lançamento fiscal.

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.

Quanto à infração 1, diz que improcede a autuação tendo em vista que com relação a massas alimentícias e biscoitos produzidas dentro do Estado por empresas que recolhem no Regime especial, o contribuinte pode utilizar como crédito fiscal o imposto da operação normal por não se tratar de hipótese de antecipação tributária, conforme dispõe o parágrafo único do art. 3º, do Decreto nº 7.955, de 16/05/2001, transcrevendo-o.

Salienta que, as 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 todas hipóteses de antecipação tributária.

Acrescenta que, as autuantes consideram como créditos indevidos àqueles 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, o qual transcreveu.

No tocante às infrações 2 e 3, confessa que realmente algumas notas fiscais não foram escrituradas em virtude do seu retorno ao remetente, o que inquia de nulidade o Auto de Infração, pois demonstra a falta de clareza e imprecisão do lançamento fiscal. E que o retorno das mercadorias ao fornecedor na própria nota fiscal esta disposto no arts. 229, VI, art. 636, II, “b” do RICMS/BA, sendo que o próprio fornecedor está obrigado a emissão das notas fiscais de entrada. Salienta ainda que conforme o disposto na cláusula oitava do Convênio nº 57/95, o próprio fornecedor far-se-á a geração de arquivo esclarecendo o fato, com o código de finalidade “5” (item 09.1.3 do Manual de Orientação), que será remetido juntamente com o relativo ao mês em que se verificar a ocorrência.

Suscitou a inaplicabilidade e a constitucionalidade da Taxa SELIC e afirmou que não tem cabimento à aplicação de multas confiscatórias nos percentuais de 60%, ante a sua ilegalidade e constitucionalidade. Requeru a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração e que seja levado em consideração o princípio do “in dúvida pro contribuinte” insculpido no art. 112 do CTN, transcrevendo ementas de julgados do STJ e do STF.

Quanto às infrações 1 e 4, após diligências solicitadas pela 4ª JJF foi aberto novo prazo para o autuado se manifestar acerca da diligência, tendo o mesmo se pronunciado conforme folhas 184 a 186, e tendo os autuantes acatado todas as alegações ao autuado. Com base nesses demonstrativos os autuantes elaboraram novos demonstrativos de débito às folhas 259 a 301, entregues ao autuado, que se manifestou pelo acolhimento da infração 4, inclusive confessou o débito e efetuou o pagamento. Mas quanto à infração 1 silenciou.

Analisando as planilhas à folha 77 constata-se a existência de apenas 18 notas fiscais não lançadas, com identificação das mesmas, facilitada pela existência de via destinada ao fiscal, folhas 78 a 94.

Ressaltam que, se as notas fiscais em pauta foram referentes a lançamentos efetuados, mas não foram detectados pela fiscalização, caberia ao autuado demonstrar em seus livros fiscais a existência do registro, o que não o fez.

No tocante às alegações de inaplicabilidade da Taxa SELIC e constitucionalidade da Taxa SELIC e da multa confiscatória, informaram que não lhes compete discorrer sobre estes assuntos. Finalizam, opinando pela manutenção da autuação.

Ao finalizar, requer a nulidade da exigência fiscal por falta de clareza e precisão e por ausência de prova e cerceamento ao direito de defesa ou que seja julgado improcedente.

À folha 302, o autuado recebeu cópia dos novos demonstrativos apensados, tendo sido informado do prazo legal para se manifestar. Entretanto, silenciou.

Em Parecer emanado da PGE/PROFIS na figura da ilustre procuradora Dra. Manuela Tapioca de Rezende Maia, às folhas 359 a 362, se pronunciou pelo acolhimento do pagamento da infração 5 com a extinção do crédito tributário, mesmo que a 4ª JJF tenha considerado erroneamente no demonstrativo do débito do Auto de Infração o valor da infração 5. Quanto à infração 4 manifesta-se pela manutenção tendo em vista não ter verificado nos autos a prova do pagamento do tributo. Quanto às alegações de nulidade manifestada pelo autuado a cerca do cerceamento do direito de defesa e ao contraditório, a ilustre procuradora se manifesta pela discordância em vista de que o autuado teve acesso a todos os demonstrativos apresentados pela fiscalização e que embasaram o Auto de Infração e que teve todas as oportunidades para se manifestar ao processo, inclusive apresentando provas e alegações. Portanto o procedimento fiscal obedeceu a todos os trâmites previstos no regulamento administrativo fiscal.

No mérito em relação à infração 1, deve ser observado que o produto “chester” é uma espécie de ave e que o anexo 88 em seu item 32 estabelece a sujeição de produtos comestíveis resultante de abete de aves em estado natural, refrigerados, congelados, defumados ou temperados ao regime de substituição tributária. Também se pode notar do exame dos documentos 278 a 283, que o contribuinte não tributou a saída de mercadoria, donde conclui que não houve débito do imposto, consequentemente não há direito ao crédito decorrente. Por isso não cabe a utilização de crédito fiscal relativo a essa mercadoria.

Com relação às infrações 2 e 3 a fiscalização detectou, através do sistema CFAMT, a falta de escrituração de diversas notas fiscais por parte do autuado. Este, apesar de se comprometer, em sua defesa a apresentar documentação capaz de elidir a autuação, não o fez, se limitando a dizer que não tem obrigação de registrar em seu livro de entradas as mercadorias não compradas ou em desacordo com o pedido da empresa. Observando que o art. 13 do RPAF/99 assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, acompanhado das provas que possuir, como documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às alegações. Por sua vez o artigo 143 do mesmo Regulamento dispõe que a “*simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Deste modo resta configurado o cometimento dessas infrações.

Por seu turno, com relação à alegação de caráter confiscatório das multas aplicadas pela autuação e ratificadas pelo julgamento da 1ª Instância administrativa são as pertinentes ao caso, bastando a simples leitura dos dispositivos que as estipulam para perceber sua adequação às infrações. Por fim, a taxa SELIC é prevista no art. 102, parágrafo 2º, inciso II, do COTEB para atualização dos débitos tributários.

Diante de tudo quanto acima foi exposto, deve ser dado Provimento Parcial ao presente Recurso Voluntário, apenas para a homologação dos valores referentes ao pagamento da infração 5, já recolhidos.

VOTO VENCIDO (Em relação às Infrações 2 e 3)

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 5 (cinco) infrações.

Inicialmente, em relação à argüição de constitucionalidade 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 1, 2 e 3, e comprovou os pagamentos referentes às infrações 4 e 5. Quanto à infração 1 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, as autuantes não analisaram os documentos e não observaram que algumas das mercadorias encontram-se amparadas por regime especial. Constatei que as autuantes anexaram ao processo após duas diligências os demonstrativos das infrações imputadas, já ajustados em virtude do próprio pronunciamento do autuado. Contatamos ainda que os arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado demonstram claramente a infração, viçando caracterizado que as autuantes analisaram as operações realizadas pela empresa. Por sua vez, alegação de que algumas mercadorias teriam regime especial não é causa de nulidade. Ademais, não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Quanto às infrações 2 e 3 o autuado se manifestou contrário a apresentação de provas, tendo em vista que cabe ao fornecedor da mercadoria, em cumprimento a cláusula 8ª do Convênio 57/95 a informação ao fisco do Estado de destino, via SINTEGRA, das operações de retorno de mercadoria sem a emissão da nota fiscal de devolução por parte do destinatário. Atesta ainda que a disposição para devolução na própria nota fiscal do fornecedor está prevista nos arts. 229, VI e 636, II, “b” do RICMS.

No presente Recurso Voluntário o autuado reconheceu a infração 4 e acostou cópia de DAE referente ao pagamento.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 1, 2 e 3, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Na infração 1, o autuado é acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Em sua defesa o autuado alegou apontou diversos equívocos no levantamento das autuantes, tendo as autuantes, quando das últimas diligências revisado seu levantamento, excluindo diversos produtos e elaboraram novos demonstrativos, os quais foram entregue ao autuado, sendo estabelecido o prazo de lei para se pronunciar. Todavia, o autuado silenciou. Interpreto este silêncio como reconhecimento tácito por parte do autuado dos novos valores e demonstrativos apresentados pela diligência fiscal. Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$2.686,71, conforme abaixo:

MÊS	ANO	ICMS DEVIDO
JANEIRO	2001	171,08
FEVEREIRO	2001	76,38
MARÇO	2001	18,99
ABRIL	2001	270,91
MAIO	2001	23,69
JUNHO	2001	313,00
JULHO	2001	145,40
AGOSTO	2001	176,20
SETEMBRO	2001	193,01
OUTUBRO	2001	215,83
NOVEMBRO	2001	172,25
DEZEMBRO	2001	232,81
JANEIRO	2002	137,48
FEVEREIRO	2002	88,06
MARÇO	2002	163,17
ABRIL	2002	75,05
MAIO	2002	32,94
JUNHO	2002	81,76
JULHO	2002	29,27
AGOSTO	2002	23,52
SETEMBRO	2002	13,25
OUTUBRO	2002	5,92
NOVEMBRO	2002	13,19
DEZEMBRO	2002	13,55
TOTAL		2.686,71

Nas infrações 2 e 3, o autuado é acusado de ter dado entrada de mercadorias em seu estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi cobrada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias tributáveis (Infração 2) e 1% sobre o valor comercial das mercadorias não tributadas (Infração 3).

Em sua defesa, alega que a responsabilidade por prestar as informações ao fisco são do fornecedor das mercadorias através do SINTEGRA, conforme disposto na cláusula 8ª do Convênio nº 57/95.

Entendo que a infração 2 e 3 deve ser objeto de pesquisa por parte dos autuantes, para que se comprove o disposto na cláusula 8ª do Convênio 57/95, que atribui ao fornecedor a prestação de informações acerca das devoluções das mercadorias. Desta forma entendemos que as informações constantes no SINTEGRA não estão sendo utilizadas de maneira adequada, senão para caracterizar débitos tributários. Todos sabemos que existe a obrigatoriedade de entrega do SINTEGRA para todos os contribuintes que efetuam operações interestaduais, nela inseridas as operações dispostas na cláusula 8ª do Convênio 57/95, que devem ser objeto de cruzamento dos dados.

Desta forma entendo que infração 2 e 3 devam ser objeto de nova diligência junto aos arquivos do SINTEGRA, e que o processo seja encaminhado à 4ª JJF.

Em relação à inconstitucionalidade da taxa SELIC e das multas nos percentuais de 60%, 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 foram, a multa de 60% encontra-se prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, não tendo nenhum caráter de confisco, como alegou o autuado.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO EM PARTE do Recurso Voluntário, apenas para a homologação dos valores referentes aos pagamentos das infrações 4 e 5 conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO	VALOR DA MULTA	MULTA %
1	RECURSO PROVIDO EM PARTE	2.686,71		60
2	DILIGENCIA		254,10	
3	DILIGENCIA		90,23	
4	RECURSO PROVIDO			
5	RECURSO PROVIDO			
TOTAL		2.686,71	344,34	

VOTO VENCEDOR (Em relação às Infrações 2 e 3)

Discordo, com a devida *vénia*, do entendimento do ilustre Relator quanto às infrações 2 e 3 deste Auto de Infração, as quais se referem, respectivamente, às multas nos valores de R\$254,10 e R\$90,23, equivalentes a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas à tributação e 1% das não tributáveis, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, apuradas com base em notas fiscais coletadas pelo CFAMT, cujas penalidades estão previstas, respectivamente, nos incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Alega o recorrente que as mercadorias retornaram aos estabelecimentos remetentes com a mesma nota fiscal originária, contudo não prova a sua alegação, através de documentos probatórios que viessem a elidir as acusações fiscais, relativas às infrações 2 e 3, as quais se fundamentam em notas fiscais, constantes nos autos, colhidas nos postos fiscais dos trajetos das mercadorias remetidas ao recorrente, cujos documentos consignam todos os dados cadastrais do destinatário, prova suficiente de que tais produtos lhe foram enviados e, por conseguinte, de que ocorreram as operações nelas documentadas, fato este irrefutável, inclusive admitido pelo próprio recorrente.

Portanto, as imputações de que ocorreram às operações de remessas das mercadorias ao recorrente estão documentalmente comprovadas, contudo, o mesmo não acontece com a alegação recursal de que tais mercadorias retornaram aos remetentes sem que adentrassem em seu estabelecimento comercial.

Entendo que o ônus da prova cabe a quem alega e, como tal, incube-se o recorrente de comprovar sua razão de defesa, inclusive como já procedeu em diversos outros processos análogos a este, trazendo aos autos os documentos probatórios do desfazimento das operações, a exemplo de: cópia das notas fiscais e de seus respectivos registros das entradas das mercadorias nos estabelecimentos remetentes.

Vislumbro que pelo fato do recorrente manter uma relação comercial constante e vultosa com seus fornecedores, os quais são geralmente estabelecidos em outras unidades da Federação, torna-se viável a solicitação dos aludidos documentos probatórios de sua alegação, para efeito de se eximir da acusação fiscal, como também de se resguardar contra futuros equívocos dos próprios fornecedores em exigir faturas indevidas.

É certo que a legislação permite o retorno das mercadorias na própria nota fiscal quando não entregues ao destinatário, conforme alega o recorrente, porém isso não o exime de provar sua alegação, o que não ocorreu, cujo ônus da prova é de quem alega, no sentido de destituir as existentes nos autos.

Assim, entendo que as acusações estão devidamente respaldadas em provas documentais, inexistindo qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, porém, de forma ineficaz por não ter sido acompanhada de provas que viessem a destituir as existentes nos autos, as quais caracterizam as aquisições de tais produtos e, por via de consequência, as entradas das mercadorias no estabelecimento destinatário, salvo prova em contrário de ônus do próprio contribuinte.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário devendo, contudo, ser homologado o valor pago referente à quinta infração, conforme documentos às fls. 305 e 306 dos autos, assim como valor remanescente relativo à quarta infração de acordo com os documentos de fls. 354 e 355.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação às infrações 2 e 3, com o voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 123430.0002/04-4, lavrado contra BOMPREÇO BAHIA S/A (MINI BOMPREÇO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$2.859,76, 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 montante de R\$504,27, previstas nos incisos II, “d” c/c § 1º, IX, XI, todos do mesmo artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já pagos.

VOTO VENCEDOR (Em relação às infrações 2 e 3): Conselheiros (as): Fernando Antonio Brito de Araújo, Denise Mara Andrade Barbosa e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO (Vencido em relação às infrações 2 e 3): Conselheiros: Gilberto Freire Leal Filho, Fábio de Andrade Moura e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

GILBERTO FREIRE LEAL FILHO – RELATOR/VOTO (Vencido em relação às infrações 2 e 3)

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – VOTO VENCEDOR (Em relação às infrações 2 e 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS