

PROCESSO - A. I. Nº 298937.0002/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA S/A (HIPER BOMPREÇO)
RECORRIDOS - BOMPREÇO BAHIA S/A (HIPER BOMPREÇO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0002-02/06
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 18/05/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0198-12/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTAS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a1. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. a2. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. É devida a imposição das multas de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Imputação elidida em parte. b) ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EXIBIÇÃO EM PADRÃO DIFERENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MULTA. De acordo com o RICMS/97 sendo constatadas inconsistências no arquivo magnético do SINTEGRA deve ser concedido o prazo de trinta dias para as devidas correções. Não tendo sido concedido o prazo previsto na legislação tributária para o contribuinte proceder à correção dos dados inconsistentes nos arquivos magnéticos, impõe a nulidade da autuação por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas e não apreciadas as argüições de inconstitucionalidade da legislação tributária. Indeferida a solicitação de diligência. Mantidas as Decisões. Recurso de Ofício. **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso do Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2005, exige ICMS e indica multas em decorrência de quatro infrações imputadas ao autuado, sendo que apenas as seguintes infrações são objetos dos presentes Recursos:

2. Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais anexadas às fls. 1308 a 1465, de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2002 a novembro de 2003. Foi aplicada a multa no valor de R\$12.619,28, equivalente a 10% sobre o total das mercadorias.
3. Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais acostadas às fls. 1308 a 1465, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março, junho a novembro de 2002, e fevereiro, junho, outubro e dezembro de 2003. Foi aplicada a multa no valor de R\$363,04, equivalente a 1% sobre o total das mercadorias.

4. Deixou de fornecer arquivos em meio magnético exigido mediante intimação, referente às informações de todas as operações ou prestações realizadas, caracterizando a não entrega prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do artigo 915, do RICMS/97, pelo fato de ter entregado com divergência depois de intimado reiteradas vezes, conforme preceitua o artigo 708-B, do RICMS/97, referente ao período de junho de 2002 a dezembro de 2003, sujeitando-se à multa no montante de R\$653.537,50, equivalente a 1% sobre o montante das operações de saídas.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento por falta de clareza e precisão do Auto de Infração e por cerceamento de defesa.

No mérito, quanto às infrações 2 e 3, diz que as mercadorias constantes nos documentos fiscais não entraram no seu estabelecimento, porque retornaram aos fornecedores. Acostou ao processo documentos obtidos junto aos fornecedores, para comprovar o retorno de mercadorias.

No que tange à infração 4, afirma que não ocorreu nenhum tipo de omissão nos arquivos magnéticos, mas mero erro de preenchimento dos dados. Alega que não foi intimado a corrigir o arquivo magnético, no prazo de trinta dias úteis, após o fornecimento de listagem indicativa das irregularidades encontradas, conforme determinam os §§ 3º e 5º, do art. 708-B, do RICMS/97.

Na informação fiscal, em relação à infração 2, os autuantes acataram todas as notas fiscais que comprovaram o retorno das mercadorias aos fornecedores. Elaboraram um novo demonstrativo do débito, no valor de R\$11.348,13, para a infração em tela.

Quanto à infração 3, ressaltaram que o autuado não apresentou nenhum documento capaz de provar o retorno das mercadorias aos fornecedores.

No tocante à infração 4, apontam que nas folhas 12 e 13 do processo constam as intimações para apresentação dos arquivos magnéticos. Mantêm a exigência fiscal.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0002-02/06, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, em Decisão unânime.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou as preliminares de nulidade, argumentado que o lançamento está em conformidade com a legislação tributária estadual aplicável ao caso. Diz que em momento algum o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório.

Em seguida, o relator explicou que a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e, além disso, não cabe a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado, nos termos do art. 167, do RPAF/BA.

No mérito, quanto às infrações 2 e 3, o relator assim se pronunciou:

[...]

Ao defender-se o autuado alegou que as mercadorias constantes nos documentos fiscais não entraram no seu estabelecimento, porque foram objetos de retorno ao fornecedor. Concorde com o autuado no sentido de que realmente está previsto na legislação tributária que, em caso de retorno, em razão do não recebimento da mercadoria pelo destinatário, a mercadoria pode retornar através do próprio documento fiscal, no qual, deverá conter declaração do motivo do não recebimento (art. 654, § 1º, art. 229, VI e o art. 636, II, “b”, do RICMS/97). Contudo, não acolho o seu entendimento de que caberia a fiscalização ônus de comprovar ocorrência dessa natureza. Considerando as provas apresentadas pelo autuado do retorno das mercadorias pelos mesmos documentos fiscais (docs. fls. 1.515 a 1550), bem assim que os autuantes informaram que as acataram, e apresentaram novo demonstrativo de débito no valor de R\$ 11.348,13 (docs. fls. 1558 a 1562), subsiste em parte a infração 02, uma vez que o autuado tomou conhecimento da informação fiscal (doc. fl. 1563) e não se manifestou, caracterizando o seu silêncio como uma aceitação da mesma. Subsiste em parte o item 02 e integralmente o item 03.

Relativamente à infração 4, a Primeira Instância decidiu pela nulidade da exigência fiscal, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

Contudo, embora o autuado não tenha cumprido às determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, observo que ocorreu inobservância ao devido processo legal, com preterição do direito de defesa, pois a intimação constante à fl. 13, para o autuado proceder à correção das inconsistências apuradas consignou prazo de 48 (quarenta e oito) horas quando o correto seria de 30 (trinta) dias consoante previsto no § 5º do art. 708-A do RICMS/97-BA.

Desta forma, considero nulo este item da autuação, por ter sido praticado com preterição do direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, inciso II, do RPAF/99.

Considerando o valor da desoneração do sujeito passivo, a Primeira Instância recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por falta de clareza e precisão, o que diz violar o disposto nos artigos 18, IV, “a”, e 39, III, do RPAF/99. Afirma que o lançamento, além de não conter os elementos suficientes para a determinação da infração e do infrator, não é claro e nem preciso na descrição dos fatos geradores, dos dispositivos legais infringidos e das bases de cálculo. Alega que o Auto de Infração deve estar acompanhado das provas produzidas por quem alegou as irregularidades fiscais. Aduz que a ausência dos requisitos de validade do lançamento cerceou o seu direito de defesa. Para embasar suas alegações, cita jurisprudência.

Referindo-se às infrações 2 e 3, o recorrente diz que a exigência fiscal deve ser desconstituída, pois não há nenhuma norma na legislação tributária estadual que o obrigue a registrar mercadorias que não deram entrada no seu estabelecimento. Diz que, no caso de retorno, não está obrigado a registrar a mercadoria rejeitada em seu livro Registro de Entradas, consoante o disposto no art. 229, VI e art. 636, II, “b”, do RICMS-BA, os quais prevêm que as mercadorias retornem com as mesmas notas fiscais, cabendo ao estabelecimento de origem emitir a nota fiscal de entrada recebendo as mercadorias retornadas. Frisa que não se pode presumir a ocorrência de entradas de mercadorias em seu estabelecimento, uma vez que as notas fiscais de aquisição foram emitidas indevidamente ou em desacordo com os pedidos. Aduz que o Fisco Baiano é quem deveria, usando a prerrogativa do art. 199 do CTN, solicitar aos estabelecimentos emitentes das notas fiscais a comprovação do retorno das mercadorias. Sustenta que a fiscalização quer transferir ao recorrente a obrigação de comprovar o citado retorno. Cita meios de investigação fiscal que, no seu entendimento, seriam possíveis de comprovar o retorno das mercadorias. Destaca que não pode ser obrigado a produzir prova negativa, porém, mesmo assim, está procurando junto a seus fornecedores a comprovação de que houve retorno das mercadorias.

No que tange à infração 4, diz que a infração não procede, pois o fato ocorrido não é o descrito no tipificação legal, cujo teor transcreveu. Frisa que não houve nenhum tipo de omissão, e sim, um mero erro de preenchimento dos dados, sem que tenha causado qualquer prejuízo ao Estado. Diz que não lhe foi fornecida a listagem dos equívocos e nem lhe foi concedido o prazo de trinta dias para corrigir os arquivos magnéticos apresentados.

Prosseguindo em suas alegações, o recorrente diz que as multas aplicadas nas infrações 2, 3 e 4 são desproporcionais às infrações e têm o caráter de confisco.

Alega que a taxa SELIC não pode ser aplicada aos créditos tributários, visto que está sendo aplicada como remuneração de capital e não como juros moratórios. Sustenta que devem ser expurgados da exigência fiscal os juros apurados de acordo com a taxa SELIC, por ser inconstitucional e ilegal.

Requer que, em caso de dúvida, a interpretação da norma tributária seja feita de forma mais benéfica ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, caso assim não entenda este CONSEF, que as infrações 2, 3 e 4 sejam julgadas improcedentes. Pede que seja

homologado o pagamento referente à infração 1. Protesta pela juntada posterior de provas, assim como por todos os meios de provas admitidos em direito, inclusive perícia e diligência.

Ao exarar o Parecer de fls. 1.622 e 1.623, a ilustre representante da PGE/PROFIS diz que não vislumbra razão para acolhimento das preliminares suscitadas, posto que as infrações foram devidamente tipificadas e acompanhadas de levantamentos e papéis de trabalho que as sustentam. Afirma que o contribuinte compreendeu as acusações que lhe foram imputadas, tendo exercido de forma ampla e inconteste o seu direito de defesa.

Diz que as alegações recursais pertinentes à infração 4 devem ser desconsideradas, já que a citada infração foi julgada nula na Decisão recorrida.

Quanto às infrações 2 e 3, afirma que as notas fiscais coletadas junto à repartição de fronteira revela que as mercadorias circularam no território baiano e se destinaram ao recorrente, a quem cabe provar que não as recebeu. Sustenta que as multas aplicadas são as previstas na lei para as infrações caracterizadas, não cabendo ao CONSEF apreciar a inconstitucionalidade da legislação. Menciona que a Lei nº 9.250/95 prevê a aplicação da taxa SELIC dos juros de mora. Cita Decisão do STJ que entende ser legítima a aplicação da taxa SELIC no campo tributário.

Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Início o voto apreciando o Recurso Voluntário, o qual trata das infrações 2 e 3, e, de pronto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas, pois os fatos imputados ao recorrente foram descritos de forma clara e precisa. Reforçando as acusações, foram elaborados demonstrativos, dos quais o recorrente recebeu cópia, que facilitam a perfeita identificação das infrações, do infrator, da base de cálculo e do imposto devido, permitindo, assim, o pleno exercício do direito de defesa. Além disso, as impugnações apresentadas, abordados os diversos aspectos da autuação, evidenciam que as acusações foram entendidas e que o direito de defesa foi exercido em sua plenitude. Dessa forma, ficam afastadas as preliminares de nulidade, pois o lançamento está revestido de todas as formalidades legais previstas, não havendo qualquer irregularidade que contrarie das disposições contidas nos artigos 18 e 39, do RPAF/99.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, foi correto o posicionamento da 2ªJF, uma vez que, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador apreciar tal matéria.

No que tange à solicitação de diligência, o pleito recursal não pode ser acolhido, pois os elementos existentes nos autos já são suficientes para o deslinde das questões. Ademais, o recorrente não fundamentou a solicitação da diligência, deixando de comprovar a sua necessidade, como expressamente exige o disposto no art. 145 do RPAF/99.

Adentrando no mérito, constato que as acusações feitas nas infrações 2 e 3 estão devidamente comprovadas pelas notas fiscais e demonstrativos acostados ao processo. As notas fiscais arroladas na autuação foram coletadas nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda, quando as mercadorias transitavam por este Estado com destino ao estabelecimento do recorrente. Essas notas fiscais são idôneas e estão destinadas ao recorrente e, em consequência, são provas materiais das aquisições nelas consignadas.

Nas impugnações apresentadas, o recorrente alega que essas aquisições não entraram em seu estabelecimento, pois retornaram acompanhadas das citadas notas fiscais. Esse fato alegado pelo recorrente contraria as provas existentes nos autos. Nessa situação, cabe ao recorrente comprovar a sua alegação, pois o ônus da prova cabe a quem alega.

Na impugnação inicial, o autuado, ora recorrente, comprovou o retorno de parte das mercadorias arroladas no lançamento, elidindo, assim, parcialmente a exigência fiscal. Todavia, no que tange à parte não comprovada, a autuação subsiste.

Quanto às multas indicadas no lançamento, saliento que elas são as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 para as infrações imputadas ao recorrente, não havendo o alegado caráter de confisco.

Relativamente à utilização da taxa SELIC na determinação dos juros de mora, ressalto que tal procedimento está previsto no art. 105 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), com a redação dada pela Lei nº 7.753/00. Assim, a utilização da taxa SELIC é legal e, apesar das alegações recursais, não cabe a este órgão julgador apreciar a questão da inconstitucionalidade da lei, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

No que tange às alegações recursais referentes à infração 4, entendo que não há como serem acolhidas, pois a Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal já foi favorável ao recorrente, não havendo assim razão para o pleito recursal.

Quanto à solicitação recursal para que seja homologado o pagamento referente à infração 1, observo que, apesar de o recorrente ter reconhecido a procedência da referida infração, ele não trouxe aos autos prova do pagamento do débito, o que impede o atendimento do pleito recursal.

Em face do acima comentado, entendo que está correta a Decisão recorrida, a qual não merece qualquer reparo.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 2 e 4, entendo que o posicionamento da Primeira Instância quanto à infração 2 foi correto, pois os documentos acostados às fls. 1.115 a 1.150 comprovam o retorno de parte das mercadorias arroladas nessa infração. Corroborando esse fato, ressalto que os próprios autuantes acolheram as provas apresentadas na defesa e elaboraram novo demonstrativo de débito, onde o valor da infração foi reduzido para R\$11.348,13.

No que diz respeito à infração 4, também foi acertada a Decisão da 2ª JJF, uma vez que os autuantes concederam apenas quarenta e oito (48) horas para que o recorrente efetuasse as correções das inconsistências existentes nos arquivos magnéticos, quando a legislação determina que o prazo deveria ser de trinta (30) dias. Dessa forma, o procedimento fiscal foi efetuado com preterição do direito de defesa e, portanto, é nulo nos termos do art. 18, II, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298937.0002/05-9, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A (HIPER BOMPREÇO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.701,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$11.348,13** e **R\$363,04**, previstas nos incisos IX e XI, do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, de acordo com o art. 1º, II da Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 2 e 3): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Bento Luiz Freire Villanova, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto às infrações 2 e 3): Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS