

**PROCESSO** - A. I. Nº 123430.0001/04-8  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA S/A (MINI BOMPREGO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0043-03/06  
**ORIGEM** - IFEP - DAT/METRO  
**INTERNET** - 07/07/2006

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0240-11/06

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovado nos autos que houve utilização indevida de crédito fiscal. Refeitos os cálculos em razão de diligência fiscal, o imposto apurado foi reduzido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. A legislação estabelece que perfumes (extrato) e águas-de-colônia, incluídas as deocolônias são mercadorias tributáveis à alíquota de 25% nas operações internas. Refeitos os cálculos em razão de diligência fiscal, o imposto exigido foi reduzido. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal proferida no Acórdão nº 0043-03/06, pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Consta, ainda, que o contribuinte utilizou crédito fiscal na aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada, por força da substituição tributária, no período de janeiro de 2001 a setembro de 2003 - R\$3.017,33;
2. Entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais coletadas no CFAMT, nos meses de fevereiro, setembro, outubro e dezembro de 2002 e janeiro, março, abril e setembro de 2003 - multa de R\$625,54;
3. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta, ainda, que o contribuinte aplicou alíquota inferior à determinada pela legislação, na comercialização de deo-colônias e que os valores foram apurados a partir do Registro 60R, dos Arquivos Magnéticos enviados pelo autuado, via SINTEGRA, nos exercícios de 2001 a 2003 - R\$853,90;
4. Multa percentual aplicada sobre o valor do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativamente a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no mês de março de 2003 - R\$66,16;
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta, ainda, que o autuado utilizou indevidamente ou a maior, crédito fiscal relativo à aquisição de bens para o ativo permanente, devido à não apuração do crédito proporcional através da aplicação da planilha do CIAP, no mês de janeiro de 2003 - R\$34,23.

A Junta de Julgamento Fiscal indeferiu os pedidos de perícia e de nova diligência fiscal formulados pelo contribuinte, com base no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, por considerar que o PAF encontrava-se instruído e os elementos processuais eram suficientes para a formação de sua convicção.

O órgão julgador de Primeira Instância afastou as preliminares de nulidade levantadas pelo autuado em relação às infrações 1, 2 e 3, entendendo que:

1. o Auto de Infração preenchia as formalidades legais previstas, não havendo violação ao direito à ampla defesa do contribuinte, haja vista que ficou evidente o enquadramento legal, a irregularidade fiscal, o autuado e o montante do débito;
2. a multa de 60% e a taxa SELIC estão previstas, respectivamente, na Lei nº 7.014/96 (artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “d” e inciso VII, alínea “a”) e na Lei nº 3.956/81 – COTEB – (artigo 102, § 2º, inciso II) para a situação em tela, não cabendo ao órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu reduzir o débito referente às infrações 1 e 3, para R\$1.313,36 e R\$111,68, respectivamente, acatando o resultado da diligência empreendida por fiscal lotado na ASTEC, o qual excluiu, do levantamento fiscal, os valores pagos pelo contribuinte, as mercadorias não incluídas no artigo 51, inciso II, do RICMS/97 e os produtos não enquadrados na substituição tributária, tudo conforme os demonstrativos e documentos acostados às fls. 161 a 217 do PAF.

Julgou procedente a infração 2, porque o contribuinte não apresentou nenhum elemento que pudesse corroborar as suas alegações de que haviam sido computadas, no levantamento, notas fiscais que haviam sido escrituradas e que seriam relativas a mercadorias que não entraram no estabelecimento, em virtude de seu retorno ao remetente.

Quanto às infrações 4 e 5, deliberou pela sua procedência, porque foram reconhecidas pelo autuado, que, inclusive, efetuou o pagamento do valor exigido, consoante o DAE juntado aos autos.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 274 a 286), o sujeito passivo inicialmente pede a nulidade do lançamento, em relação às infrações 1, 2 e 3, pelas razões a seguir elencadas:

1. os fatos levantados no procedimento fiscal não foram demonstrados de forma clara e precisa, uma vez que consta na autuação erro de classificação de produtos, a exemplo de lavanda, seiva de alfazema e alfazema como se fossem colônia e deo-colônia, tributando-os à alíquota de 25% ou 27%, quando o correto seria 17%;
2. não ficaram comprovadas as irregularidades apontadas, um ônus que as autuantes teriam de se desincumbir, caracterizando o cerceamento ao seu direito de defesa;
3. a multa aplicada é confiscatória, conforme as decisões judiciais que transcreve;
4. a taxa SELIC é inconstitucional, pelo fato de aumentar, “de forma artificiosa”, o débito apontado.

No mérito, em relação à infração 1, alega que não existe hipótese de incidência da antecipação tributária na aquisição de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas, mercadorias produzidas no Estado por empresas que possuem Regime Especial, sendo permitida a utilização, como crédito, do imposto referente à operação normal. Afirma que as autuantes, sem qualquer critério, incluíram as notas fiscais relativas a essas mercadorias e ainda consideraram, como créditos indevidos, aqueles correspondentes às aquisições de salgado à base de farinha de trigo, não estando, a mencionada mercadoria, listada no artigo 353, inciso II, do RICMS/97, encontrando-se ali apenas os salgados preparados à base de cereais, batata, amendoim ou castanha de caju.

Quanto à infração 2, argumenta que as autuantes incluíram, no levantamento, notas fiscais que já foram escrituradas, além de outras relativas a mercadorias que não entraram no estabelecimento, em virtude de seu retorno ao remetente. Acrescenta que sempre registra todas as notas fiscais de mercadorias que dão entrada em seu estabelecimento, só não está obrigado a registrar mercadorias que não deram entrada, porque não foram compradas ou porque retornaram aos

fornecedores, e que cabe ao remetente prestar informações relativas aos documentos fiscais cujas mercadorias não foram entregues aos destinatários, como previsto no § 1º da Cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95. Por fim, ressalta que há meios de a autoridade fiscal constatar se a mercadoria entrou, ou não, em seu estabelecimento por meio dos livros Registro de Entradas e Registro de Inventário, ou pelos registros contábeis da empresa.

Em referência à infração 3, alega que o fisco está exigindo diferença de ICMS em relação a produtos que não estão inseridos nas hipóteses do artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97, considerando que não se referem a água-de-colônia, colônia e deo-colônia. Considera que o fisco interpretou de maneira extensiva ao lançar as notas fiscais referentes a lavanda e seiva de alfazema como se fossem colônia ou deo-colônia.

Finalmente, requer a nulidade ou a improcedência das infrações 1, 2 e 3 e a extinção do débito relativo às infrações 4 e 5, uma vez que já foi reconhecido e quitado.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Ana Carolina Moreira, apresentou o seu Parecer (fls. 292 a 295) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, com os seguintes argumentos:

1. não devem ser acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, pois se verifica nos autos a legalidade da autuação, não só pelos documentos e demonstrativos acostados, como também pelo conteúdo da diligência efetuada, a qual retificou os equívocos cometidos pelas autuantes;
2. quanto à multa indicada na autuação, diz que está prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96;
3. relativamente à taxa SELIC, entende que é legítima a sua utilização como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização de débitos tributários pagos em atraso, desde que exista lei estadual que preveja os mesmos critérios adotados na correção de débitos fiscais federais, o que é o caso da Bahia, conforme o artigo 102, § 2º, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e a jurisprudência carreada ao PAF;
4. no mérito, entende que melhor sorte não possui o contribuinte, haja vista que, quanto às infrações 1 e 3, o diligente estranho ao feito excluiu, do lançamento, os valores comprovadamente recolhidos, as mercadorias não incluídas na regra contida no artigo 51, inciso II, alínea “h”, do RICMS/97 (lavanda e seiva de alfazema) e os produtos não sujeitos à substituição tributária;
5. no que se refere à infração 2, aduz que o procedimento correto que deveria ter sido adotado pelo autuado, no caso de retorno de mercadorias, seria aquele previsto no artigo 651, do RICMS/BA e não simplesmente afirmar que estaria desobrigado de registrar a ocorrência do fato.

## VOTO

O presente Recurso Voluntário foi impetrado pelo contribuinte em relação às infrações 1, 2 e 3.

Quanto às preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, rejeito-as por entender que não houve cerceamento do direito ao contraditório, na medida em que os levantamentos apensados pelas autuantes demonstram de forma clara como foram apuradas as irregularidades apontadas e a análise sobre a existência, ou não, de equívocos na autuação é matéria que deve ser apreciada no mérito.

Quanto à multa de 60% e à taxa SELIC, saliento que estão previstas, respectivamente, na Lei nº 7.014/96 (artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “d” e inciso VII, alínea “a”) e na Lei nº 3.956/81 – COTEB – (artigo 102, § 2º, inciso II) para a situação em tela, não cabendo ao órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Vale ressaltar que a digna procuradora do Estado colacionou aos autos a ementa de diversas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 298 a 304) com a seguinte dicção: “É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais”

(REsp 745387/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 13/02/06, p. 769; REsp 809726/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJ 25/04/06, p. 117; AgRg no Ag 644351/SC, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, DJ 23/05/06, p. 160 e REsp 617867/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 29/11/04, p. 247).

No mérito, o recorrente apresentou os mesmos argumentos já apreciados pela instância inferior. Verifico, da leitura dos autos, que o contribuinte apensou, em sua impugnação relativa às infrações 1 e 3, demonstrativos apontando equívocos que teriam sido cometidos pelas autuantes e, por essa razão, o órgão julgador de Primeira Instância determinou a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF, a fim de dirimir a controvérsia. Após o trabalho, o diligente apresentou o seu relatório, acompanhado de diversos documentos (fls. 161 a 217), reduzindo o débito das mencionadas infrações, após a exclusão, do levantamento fiscal, dos valores já pagos pelo contribuinte, das mercadorias não incluídas no artigo 51, inciso II, do RICMS/97 e dos produtos não enquadrados na substituição tributária. Após a ciência do teor da diligência (fls. 219, 221 e 222), as autuantes apresentaram a sua concordância com a redução do débito efetuada e o contribuinte manifestou o seu inconformismo, embora sem trazer nenhum elemento de prova que pudesse desconstituir o trabalho do diligente. No Recurso Voluntário, mais uma vez o autuado se limitou a apresentar alegações sem respaldo em nenhum elemento material que pudesse trazer alguma dúvida sobre a exatidão do resultado da diligência encetada. Sendo assim, considero correta a Decisão recorrida.

Em referência à infração 2, o recorrente argumentou que as autuantes incluíram no levantamento notas fiscais que já haviam sido escrituradas, além de outras relativas a mercadorias que não entraram no estabelecimento em virtude de seu retorno ao remetente, e que cabia ao emitente prestar informações relativas aos documentos fiscais cujas mercadorias não foram entregues aos destinatários, como previsto no § 1º da Cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95.

Não obstante as alegações recursais, o contribuinte não trouxe ao PAF nenhuma prova de que algumas notas fiscais encontravam-se realmente lançadas em sua escrituração, nem muito menos de que mercadorias haviam retornado ao remetente antes de adentrar seu estabelecimento. Observo que, de acordo com o artigo 654, do RICMS/97, o destinatário e o remetente de mercadorias não aceitas devem cumprir diversas formalidades, de modo a tornar possível, *a posteriori*, a comprovação de tal ocorrência. Cabia ao autuado fazer a prova do que afirmou, pois simples alegações desacompanhadas de provas não podem servir para desconstituir o lançamento.

Pelo exposto, entendo que não merece reparo a Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **123430.0001/04-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A (MINI BOMPREÇO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.459,27**, 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 da multa no valor de **R\$691,70**, prevista no art. 42, IX e II, “d” c/c o § 1º, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

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