

PROCESSO - A. I. Nº 279463.0002/05-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREÇO)
RECORRIDOS - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREÇO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JF nº 0071-05/06
ORIGEM - COFEP – DAT/SUL
INTERNET - 19/07/2006

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0262-11/06

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. MERCADORIA ENQUADRADA COMO SUPÉRFLUO. Infração elidida em parte, remanescendo débito a recolher relativamente os produtos denominados “deo-colônia”. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTADA Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Procedimento em desacordo com a legislação. Infração nula. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. ESCRITURAÇÃO INDEVIDA MULTA. Infração mantida. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NOTA FISCAL ENDEREÇADA À CONTRIBUINTE DIVERSO. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão não unânime em relação às infrações 1, 2 e 4. Decisão unânime quanto às infrações 3, 5 e 6.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra o resultado proferido pela 5ª JF pertinente ao Acórdão nº 0071-05/06 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração de 30/06/2005, no qual é reclamado o débito total no valor de R\$188.837,32 em razão das seguintes infrações:

- 1 Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consignaram os autuantes que após a execução do roteiro de verificação de alíquotas, constataram que a empresa deu saída com 17% de ICMS de produtos cujas alíquotas eram de 25% (deo-colônia), exigindo-se ICMS no montante de R\$248,40, referente aos exercícios de 2001 a 2004, mais multa de 60%;
- 2 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Observaram os autuantes que as notas fiscais de entrada de mercadorias não escrituradas nos livros fiscais, de acordo com verificação executada em confronto com o sistema CFAMT, aplicando-se MULTA no valor de R\$19.334,76;
- 3 Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. Anotaram os autuantes que a empresa foi intimada algumas vezes a proceder à retificação dos dados inconsistentes encontrados nos arquivos magnéticos. Foram realizadas

algumas tentativas de retificação, mas a divergência nos dados informados persistiu, conforme comprovam os relatórios anexos ao PAF. Com isso, alguns roteiros de fiscalização deixaram de ser totalmente executados. Foi aplicada a multa referente a tal infração no valor de R\$166.330,29;

- 4 Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada MULTA de R\$2.670,47;
- 5 Descumpriu obrigação tributária acessória sem penalidade prevista expressamente na Lei do ICMS. Ressaltaram os autuantes que o contribuinte escriturou indevidamente notas fiscais de entrada, sem destaque de imposto, em seus livros fiscais, pertencentes a outro estabelecimento. MULTA aplicada de R\$140,00 e;
- 6 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria destinada a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal. Esclareceram os autuantes que o contribuinte aproveitou indevidamente crédito fiscal destacado nas notas fiscais de entrada, de mercadorias destinadas a outros estabelecimentos, de acordo com as cópias das notas em anexo, exigindo-se imposto no montante de R\$213,40.

O autuado, tempestivamente ingressa com defesa, fls. 334 a 354, intentando impugnar a autuação, arrolando argumentos diversos, os quais são relatados pela ilustre 5ª JJF.

Os autuantes em sua informação fiscal, fls. 388 a 389 mantém o Auto de Infração, rebatendo totalmente a defesa.

Baixados em diligência (fls 394) pela i. 5ª JJF, para que se entregasse ao contribuinte cópia de cada nota fiscal colhida através do sistema CFAMT e utilizada na apuração das infrações 2 e 4. com a conseqüente reabertura do prazo de defesa.

O autuado recebeu cópias (fls 397), apresentando nova defesa (fls 406/413) no decurso do prazo legal. Restou assim prejudicada a segunda diligência requerida às fls. 404. Nesta nova defesa, reiterou a nulidade do Auto de Infração, por falta de elementos suficientes à determinação exata das infrações. E que na infração 1 o fisco não comprovou que os produtos dos demonstrativos de Déo Colônia têm código NBM das mercadorias às quais se aplica alíquota de 27%. Insistiu a infração 2, tratar-se de retorno de mercadorias, e que não há prova do ingresso de tais produtos. Na infração 3, trouxe mesmos argumentos anteriores:

- a) não foi intimado a proceder a retificação dos aludidos arquivos magnéticos;
- b) não recebeu a listagem com o diagnóstico de inconsistências, contrariamente ao determinado no art. 708-B, §3º do RICMS. E que no tocante à infração 5, a sua descrição inquina à sua nulidade e improcedência. Com respeito à infração 6, afirmou que a autuação não provou a sua ocorrência, motivo pelo qual requer a nulidade também desta. Insurgiu-se contra a adoção da SELIC como fator de correção e considerou confiscatórios os percentuais das multas aplicadas, trazendo farta indicação de doutrina e jurisprudência com o objetivo de subsidiar sua alegação. Concluiu pela anulação, e vencida esta, pela improcedência da autuação. Protestou pela juntada posterior de provas, solicitando também a realização de diligência.

O advogado da empresa em sustentação oral reiterou os argumentos apresentados na defesa.

Presentes aos autos, a 5ª JJF preliminarmente afasta a nulidade suscitada pelo autuado quanto à falta de clareza e precisão do lançamento de ofício em exame, pela observação de que o Auto de Infração contém elementos suficientes para caracterizar os fatos geradores da infração, os dispositivos infringidos, e a forma de apuração das bases de cálculo nos demonstrativos anexados aos autos, não estando infringidos, portanto, quaisquer incisos do art. 18 do RPAF/99.

Destacam, a entrega ao autuado das cópias de todas as notas fiscais colhidas através o sistema CFAMT as quais deram origem à apuração das infrações 2 e 4, bem como a reabertura do prazo de defesa. Alegam que desta forma, o sujeito passivo para estas suas duas manifestações, dispôs de

prazo suficiente para trazer à lide as provas que alegava dispor, e tendo ciência das imputações que lhe eram feitas.

Abordando a infração 1, os ilustres julgadores aclaram que o contribuinte concentra sua defesa na alegação do art. 51, II, “h” do RICMS/89, o qual taxativamente dispõe que a alíquota de 25% só deve ser aplicada à mercadoria com os códigos NBM ali indicados, e que os produtos autuados possuem classificação diversa daqueles códigos. A autuação estranhou mesmas mercadorias terem dois tratamentos tributários diferentes (com alíquota de 17% e 25%) e lançaram o recolhimento dessas diferenças. O julgamento da ilustre JJF é de que está sendo cobrada a parte do imposto supostamente não recolhida, pela operação ter sido tributada a uma alíquota menor que a do levantamento fiscal. Ressaltam que através reiteradas decisões, e da realização de diligências diversas, todas com o fim de apurar a natureza e a constituição de produtos como os aqui autuados, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0055-02/04, 0157-03/04, 0164-03/04, 0224-02/02, CJF 156/01 e 177/01, bem como Parecer GECOT nº 727 tem sido consensual neste foro administrativo, que os produtos Channelle Água fresca, Phytoderm S. Azul, Coty Patchully, são em realidade déo-colônia, portanto tributáveis a 25%. Já os produtos intitulados de déo-colônia Belle Nature Alfazema 500 ml e 120 ml, Kanitz Clássico e Seiva do Campo, são produtos que não perfumes, como lavanda, seiva de alfazema e desodorantes antiperspirantes, com tributação a 17%, conforme dispositivo legal acima citado. Verificam às fls 25 e 27, que os produtos Estojo Déo Alfazema 120 ml + SAB NATURE, Kit Natal Coty Alfazema e Déo Classic Lavanda + 2 SABONET, são artigos outros além das referidas colônias, e para os quais não foram apresentadas contra-provas.

Aventa a ilustre 5ª JJF a CF/88, que em seu art. 37, *caput*, destaca o princípio da eficiência como um dos fundamentos da administração pública, preconizando ao servidor público que avalie a relação custo versus benefício em seus atos, atuando estritamente, atentando para a economia nos gastos públicos. Em decurso, poder-se-ia apurar, mediante Diligência, quanto a produtos outros que não os Déo-Colônias estivessem dentre as mercadorias autuadas, com exclusão dos valores eventualmente impróprios. À luz do quanto cita a CF/88, e considerando o ínfimo valor e os custosos procedimentos que demandaria esta fiscalização, julga a ilustre 5ª JJF ser recomendável a exclusão dos valores levantados, remanescendo o seguinte débito, para os quais elaboraram demonstrativo mensal, de conformidade à apuração do ICMS, referente àqueles produtos com NBM não excepcionados pelo artigo supra citado:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico	Valor em Reall
30/04/2001	09/05/2001	69,41	17	60	11,80	11,80
30/05/2002	09/06/2002	18,41	17	60	3,13	3,13
30/06/2002	09/07/2002	79,00	17	60	13,43	13,43
30/08/2003	09/09/2003	33,35	17	60	5,67	5,67
Total						34,03

Aludem a seguir as não escriturações de notas fiscais, infrações 2 e 4, que tem por isto a exigência de 10% de multa para as mercadorias tributadas e de 1% em relação às não tributadas. O autuado argumentou a não comprovação da entrada das mercadorias dessas notas fiscais objeto dessas infrações, elencadas nos “Demonstrativos de Notas Fiscais não Escrituradas – CFAMT”. Alegaram os autuados, que o fisco não considerou que as mercadorias não foram registradas em virtude do seu retorno ao remetente (fornecedor). Realçam os i.julgadores que compete ao autuado, quando o fato se torna controverso, como o ora examinado, é seu dever apresentar as provas que dispõe, sob pena de em assim não fazer, o fato ser reputado como verdadeiro conforme art 123, §5 do RPAF. Concluem por manter as infrações 2 e 4.

Com referência a infração 3, o sujeito passivo afirmou o não recebimento da Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, violando assim o §3º do art 708-B. Nas informações fiscais foi indicado, observam os senhores julgadores, à vista de que todos arquivos continham dados inconsistentes, como uma das provas a correspondência da empresa à Inspetoria de Fiscalização de Empresas de Grande Porte, após a autuação, solicitando prazo

maior para levantar as razões que induziram à ocorrência de erros do SINTEGRA. Entende a ilustre 5ª JF, que a entrega da listagem diagnóstico é um pressuposto que configuraria a infração. A ausência desta macula o procedimento, tornando-o nulo, conforme art 18, IV, “a” do RPAF, razão pela qual o desconstituo.

Nas infrações 5 e 6, frente o autuado sustentar o lançamento fiscal indevido, observam os srs. Julgadores que as mesmas constam do demonstrativo fiscal de fls. 28, que o fato está tipificado, e a situação descrita na autuação, pelo que mantêm as duas infrações.

No tocante à multa de ofício, ressaltam que a Bahia possui legislação própria quanto aos processos administrativos fiscais, em decorrência da competência legislativa ativa concedida ao Estado pela própria CF/88 (art. 24,). A multa aplicada tem a sua cobrança autorizada por lei, de nº 7014/96, e não cabe a este foro administrativo excluir a sua incidência.

Esclarecem quanto à solicitação de dispensa da cobrança pela mora, que os sistemas corporativos da SEFAZ, através rotina própria, calculam estes valores. Conforme art. 51 da Lei nº 7014/96 e art. 102 do COTEB, os débitos fiscais têm como atualização a taxa SELIC, e a Lei nº 9.250/95 dispõe, nos termos da autorização do art. 61 do CTN, que essa taxa será aplicada no calculo dos juros de mora, questão extensamente discutida nos Tribunais Superiores, os quais têm prolatado decisões admitindo a legalidade e constitucionalidade deste procedimento. Afastam, portanto, a alegação referente à exclusão dos encargos pela mora.

E emitem Parecer os senhores julgadores, pela Procedência Parcial do Auto de Infração para exigir imposto no valor de R\$247,43 e multa no importe de R\$22.045,23.

Na apresentação do Recurso Voluntário, feita através de advogado preposto pelo recorrente, alega em sua preliminar que o procedimento fiscal está a obrigar, diferentemente do que o RICMS/BA dispõe, violando o art. 18, inciso IV, “a” e art. 39, inciso III do Decreto nº 7.629/99, por não conter elementos claros e suficientes a determinação da infração e dos infratores.

Cita o art. 142 do CTN, para dizer que contesta a existência do fato, e que compete ao fisco trazer elementos sustentadores da acusação que permitiram a este lançar o débito, e em relação às infrações 5 e 6 houve prejuízo, aduzindo que os litigantes e acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, o que não houve, resultando em nulidade total do Auto de Infração em comento.

No mérito, relativa às infrações 2 e 4, diz o recorrente que os autuantes não tinham analisado cuidadosamente documentos do impugnante e dos emitentes das notas fiscais, detendo-se apenas no CFAMT. Alega o não registro de notas fiscais, pela não entradas das mercadorias relativas às mesmas, em virtude do retorno. E que a obrigação de prestar informações de retornos, cabe aos remetentes, e em meio magnético, e que o art. 199 do CTN, dispõe que as Fazendas Públicas prestar-se-ão mutuamente assistência para fiscalização de tributos. E expõe entendimento de que compete a fiscalização local a obrigação de exigir essa comprovação consoante citado art. 199.

Comenta a existência de outros meios de comprovar ingressos reais de mercadorias, além do LRE, prestam-se a isto também o LRINVENTÁRIO ou os registros contábeis, e aduz que o autuante baseia sua ação unicamente no CFAMT.

Com referência à infração 5, alega aplicação esdrúxula de multa, sob denominação “*sem penalidade prevista*”, totalmente atentatória ao Estado de Direito, questionando como o fisco pode punir se não há previsão legal, e que se deve desconstituir mais uma infração.

Na infração 6, utilização indevida do crédito fiscal do ICMS destacadas de notas fiscais destinadas a outros estabelecimentos, alega o recorrente que a falta de comprovação por parte do fisco acarreta a nulidade da infração apontada, citando Ementa, Acórdão, Legislação do CTN, Pareceres, tudo em torno desta alegação.

Em seqüência, o recorrente resume seu entendimento, que a taxa SELIC, para fins tributários é inconstitucional e ilegal, malgrado não ter havido pronunciamento de mérito da Corte Especial

do egrégio Tribunal, permanecendo a mácula na esfera infraconstitucional. Cita que esta taxa cria anômala figura de tributo rentável. Que os títulos podem gerar renda, os tributos, de “*per-si*”, não.

Pedindo, coerente sua defesa, e se ainda assim alguma dúvida restar, que se aplique a interpretação mais favorável ao contribuinte, seja dado Provimento ao presente Recurso Voluntário, decretando a Nulidade total das infrações 2, 4, 5 e 6, face à inexistência de provas do alegado, o que decorreu no cerceamento da defesa e levou a Improcedência do Auto de Infração para estas indicadas.

Na apreciação dos fatos atinentes a este PAF, a PGE/PROFIS, através ilustre procurador José Augusto Martins Júnior enumera a irresignação indicada no Recurso Voluntário, quais sejam:

- a) cerceamento ao direito de defesa;
- b) não possibilidade da existência de norma punitiva não expressa na legislação;
- c) não entradas de mercadorias no estabelecimento autuado, tratando-se um caso de retorno.

Com relação ao cerceamento do direito de defesa, aborda o ilustre procurador ter observado que a autuação está perfeitamente clara, alicerçada na legislação estadual, e arriadas em documentos fiscais fornecidos pelo recorrente, pro seus fornecedores e arquivos magnéticos.

A respeito da taxa SELIC, aduz ilustre procurador que desborda da competência dos Conselhos Administrativos, julgamentos acerca de constitucionalidades de normas legais, competência esta do poder Judiciário, a partir daí, a análise da PGE/PROFIS trilhará o opinativo na presunção da constitucionalidade da norma.

Já em relação ao suposto não registro de entradas de mercadorias no estabelecimento, comenta que o recorrente alude que o RICMS não obriga, no caso de retorno, ao destinatário registrar qualquer entrada, não tendo, portanto, violação na legislação tributária. Passa então o ilustre procurador a transcrever os arts. 209 e 654 o RICMS/BA, os quais prescrevem atenções que deveriam ter sido tomadas pelo recorrente, na ocorrência em comento.

E diante do exposto, nos termos do art. 119, § 1º do COTEB opina o ilustre douto pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente.

VOTO

Em apoio ao quanto informado pela 5ª JJF, nas colocações preliminares trazidas pelo Recurso Voluntário, resta patente afastar a nulidade aventada, pois que se verifica o Auto de Infração conter os dados e elementos suficientes à caracterização dos fatos geradores da infração. Foram fornecidas ao recorrente cópias de todas notas fiscais colhidas pelo CFAMT, e utilizados os prazos reabertos para manifestação e condução à lide das provas que alegava possuir.

O Recurso de Ofício instaurado na Decisão recorrida, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00, baseia-se no lançamento atinente à infração 3, o qual foi rechaçado pela ilustre JJF a partir da conclusão que da não entrega da listagem diagnóstico ao recorrente, perdeu-se um pressuposto que caracterizaria a infração, tornando o procedimento nulo, com o que concordo.

Na infração 1 está se cobrando a diferença de alíquotas, por a operação ter sido tributada a menos (17% em vez de 25%) pois que, conforme Acórdãos diversos, e mais especificamente o Parecer GECOT nº 727 é senso comum de que produtos como Chanelle Água Fresca, Phytoderm S. Azul, Coty Patchully são deo-colônias e tributáveis na alíquota de 25%. Já os demais produtos titulados como deo-colônias (Belle Nature, Alfazema 500 ml e 120 ml, Kanitz clássico e Seiva do Campo) são não-perfumes, como lavandas, seivas de Alfazema e desodorantes não perspirantes, com tributação a 17%. Entretanto, aludindo a CF/88 art. 37 caput, a ilustre 5ª JJF entendeu que mediante

Diligência poder-se-ia apurar quais outros produtos que não as deo-colônias, estivessem agrupados dentre os autuados, porém é preconizado por esse dispositivo legal, que o servidor público da avaliação da relação Custo x Benefício, em decorrência não considerou o valor resultante, julgando a JJF ser recomendável a exclusão dos valores levantados, persistindo o valor final para este item de R\$34,03 conforme demonstrativo nos autos e com o qual concordo.

Às infrações 2 e 4, o recorrente alegou em sua defesa tratarem-se de retornos e devoluções de mercadorias elencadas no CFAMT, e por isto não foram registradas em sua escrita fiscal. Não presentes nos autos provas fáticas do quanto afirmado, portanto concordo com as multas a serem mantidas, nos valores de R\$19.334,76 e R\$2.670,47, respectivamente.

E em relação as demais infrações, de números 5 e 6, apesar de sustentar o recorrente lançamento indevido, não foi conduzido aos autos prova do quanto afirmado, e às fl. 28 a infração está tipificada consoante descrito no lançamento de ofício, pelo que concordo com as multas serem mantidas, nos valores de R\$140,00 e de R\$213,40, respectivamente.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime em relação às infrações 1, 2 e 4, e, por unanimidade, quanto às demais, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279463.0002/05-7, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (HIPER BOMPREGO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$247,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$22.045,23**, previstas no art. 42, IX, XI e XXII, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Recurso de Ofício

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 1): Conselheiros (as): Oswaldo Ignácio Amador, Denise Mara Andrade Barbosa, Fábio de Andrade Moura e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO (Vencido quanto à infração 1): Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Recurso Voluntário

VOTO VENCEDOR (Quanto às infrações 2 e 4): Conselheiros (as): Oswaldo Ignácio Amador, Denise Mara Andrade Barbosa, Fernando Antonio Brito de Araújo e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO (Vencido quanto às infrações 2 e 4): Conselheiro: Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS