

**PROCESSO** - A. I. Nº 123430.0003/04-0  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (BOMPREGO BAHIA S/A – MINI BOMPREGO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão JJF n º 0168-05/05  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 23/11/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0428-12/06

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Após revisão, houve diminuição do débito originalmente exigido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADA. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Revisão do lançamento diminuiu o valor da multa cobrada. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitadas as arguições de nulidade ao lançamento fiscal. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Vencido o voto do relator em relação à infração 2. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

O contribuinte interpõe Recurso Voluntário contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/12/2004, para exigir o imposto no valor de R\$14.960,56, acrescido da multa de 60%, mais a multa no valor de R\$2.022,92, em decorrência de:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por substituição tributária (exercício de 2001 a 2003) - R\$11.907,71;
2. multa no valor de R\$1.781,22 pela falta de escrituração de entradas de mercadorias tributáveis no estabelecimento (exercícios de 2001, 2002 e 2003);
3. recolhimento a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (exercícios de 2001 a 2003). Infração apurada após exame do Registro 60R dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via SINTEGRA. Também, a partir mês de fevereiro de 2002 foi aplicada a alíquota de 25%, mais dois pontos percentuais adicionais à mesma, incidentes sobre os produtos especificados no art. 51, II, “h”, combinado com o art. 51-A, II, do RICMS/97, relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - R\$1.910,23;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento comercial, por não haver respeitado a proporcionalidade determinada em lei (maio 2002) - R\$ 1.142,62;
5. multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido 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 (março de 2003) – R\$ 241,70.

O autuado apresentou defesa, confessando inicialmente o cometimento das infrações apontadas nos itens 4 e 5 do auto, informando que efetuou o pagamento do seu débito, conforme DAE apensado aos autos (fl. 194).

Em preliminar, argüiu duas razões que levariam o procedimento fiscal à nulidade. Na primeira disse que a administração tributária não pode exigir o cumprimento de obrigação sem produzir provas, uma vez que o processo administrativo é regido pela verdade material dos fatos. Apontou para a infração 1 que a fiscalização não havia observado que diversas aquisições de massas alimentícias e biscoitos foram produzidos dentro do estado, bem como não se aplicava a substituição tributária aos salgados à base de farinha de trigo; para a infração 2, algumas notas foram registradas e outras não, uma vez que as mercadorias retornaram ao fornecedor; em relação à infração 3, havia recolhido a diferença de alíquota de 17% para 27%.

Como segunda preliminar à nulidade da ação fiscal, trazendo no seu bojo ensinamentos do Prof. Hely Lopes Meirelles, afirmou que houve cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado sem provas, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais. Com esta afirmativa, passou a tecer considerações sobre a ilegalidade do cerceamento ao direito de defesa, fundamentando seu entendimento no art. 5º, LV da CF/88, em decisões deste Colegiado e determinações do processo administrativo do Estado do Ceará.

No mérito, afirmou descaber o lançamento fiscal da infração primeira, pois inexistia hipótese de antecipação tributária na aquisição de massas alimentícias e biscoitos ou bolachas produzidas no Estado por empresas que recolhem o imposto por regime especial, em conformidade com o disposto no art. 3º, Parágrafo único do Decreto nº 7.955 de 16/5/2001, podendo utilizar o crédito fiscal do imposto. Neste contexto, as autuantes não analisaram todas as notas fiscais referentes às massas alimentícias e biscoitos para fazer suas separações. Afora esta situação, foram incluídos nos levantamentos fiscais salgados produzidos à base de farinha de trigo que não se encontram elencados no art. 353, II, 29, do RICMS/97.

Quanto à infração segunda, afirmou que as autuantes haviam lhe acusado de não ter escriturado no livro Registro de Entradas notas fiscais, com base tão somente em relatório do CFAMT, que não prova a entrada das mercadorias no seu estabelecimento comercial. Além do mais, não observou estarem algumas delas registradas (exemplificou), e que deveriam ser juntadas posteriormente, além de não terem levado em consideração que outros documentos não foram registrados, tendo em vista o retorno das mercadorias ao remetente. Neste sentido, advogou que não é obrigado, pela legislação (art. 229, VI e art. 636, II, "b", do RICMS/97), a escriturá-los e quem deve emitir nota fiscal de entrada é o fornecedor e apresentar ao fisco todos os elementos que comprovem este retorno (art. 654, do Regulamento). Para reforçar seu entendimento, citou a Cláusula Oitava do Convênio ICMS nº 57/95. Disse, ainda, que o fisco baiano deveria solicitar informações de outros Estados para confirmação do fato, conforme dispõe o art. 199, do CTN e que existem diversas outras maneiras de descobrir se a mercadoria deu, ou não, entrada no estabelecimento do comprador, como exemplos que citou.

Em relação à quarta infração, afirmou já ter recolhido o imposto cobrado, conforme DAE que anexou aos autos. Mais uma vez, ressaltou que não estava demonstrada e nem explicada a motivação da exigência fiscal. Por outro lado, a fiscalização estadual havia exigido a diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do art. 51, II, "h", do RICMS, uma vez que não se referiam a água-de-colônia, colônia e deocolônia, como por exemplo, a lavanda, a alfazema. Ou seja, o fisco interpretou, indevidamente e de maneira extensiva, o que diz a norma ao lançar notas fiscais referentes a lavanda e seiva-de-alfazema como se fossem colônia ou deocolônia.

Passou, em seguida, a contestar a inaplicabilidade da taxa SELIC como juros de mora. Sobre o assunto apresentou seu entendimento, trazendo as determinações do § 1º, do art. 161 do CTN e a inconstitucionalidade da sua aplicação nas relações tributárias, já que criada tão somente para remunerar o capital dos aplicadores, ou seja, as relações econômico-financeiras. Transcreveu decisões de tribunais e entendeu improcedente o lançamento fiscal.

Insurgiu-se, de igual forma, contra o percentual de multa de 60% e 70%, afirmando que os Tribunais já têm sedimentado o entendimento de que a multa moratória não deve ultrapassar o percentual de 20%, sob pena de ferir o princípio do não confisco. Aventou a possibilidade da sua

redução pelo Judiciário, em sede de Embargos à Execução. Transcreveu acórdãos do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Requereu, mais uma vez, a improcedência da autuação. E, caso dúvidas existissem quanto à interpretação da lei, observou que o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que na situação, a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Por fim, requereu a nulidade ou a improcedência do lançamento fiscal, protestou por juntada posterior de provas por todos os meios permitidos em direito, requereu perícia, indicando quesitos a serem respondidos e a homologação dos valores recolhidos referentes aos itens 4 e 5 do Auto de Infração.

Contestando todos os argumentos apresentados pelo defendente (fls. 199/201), as autuantes prestaram informação fiscal, oportunidade que ressaltaram ter sido o Auto de Infração lavrado a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio autuado e anexados aos autos.

Atacando a alegação da defesa em relação à infração 1, afirmaram que a autuação se pautou em procedimentos genéricos, observaram que nos demonstrativos elaborados encontravam-se todas as mercadorias elencadas no Anexo 88, quer sejam adquiridas por compra ou por transferência. Elas haviam sido extraídas dos arquivos magnéticos e confrontadas com os livros Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 21/76). Em seguida, afirmaram que não procedia a alegação da defesa quanto "às massas alimentícias e biscoitos ou bolachas produzidas no Estado da Bahia".

Com respeito à infração 2, relataram que no dia 17 de dezembro de 2004 entregaram, contra recibo, planilhas dos resultados da fiscalização (fl. 18 do PAF). O autuado, além deste prazo, teve o regulamentar de defesa, mas, mesmo assim, não apresentou provas contrárias à acusação. Em relação ao fato e conforme indicado pela defesa, de que somente foi constatada a existência de apenas 38 notas fiscais não lançadas, observaram que tais lançamentos não foram detectados pela fiscalização, cabendo ao impugnante a contra prova, uma vez que emitidas pelos seus fornecedores idôneos e habituais, que só enviam mercadorias de pedido de compra já analisado e aprovado pelo cliente, cujo número do referido pedido consta do corpo da Nota Fiscal.

No que concerne à infração 3, informaram que os pagamentos apresentados às fls. 178 a 185 e 187 a 192 dos autos são exclusivamente do período de 1/1/2002 a 6/2002. Que as mercadorias constantes das fls. 120/128, extraídas dos documentos do autuado, referem-se, exclusivamente, às mercadorias inseridas na hipótese de incidência do art. 51, II, "h", do RICMS/97, ou seja, deocolônia, todas relacionadas com seus respectivos códigos de produto especificado nos arquivos magnéticos e documentos fiscais.

Entendendo inoportuna a discussão sobre a taxa SELIC e a multa aplicada, requereram a procedência total do Auto de Infração.

Os autos foram baixados à IFEP/Metro para que fossem dadas a conhecer ao sujeito passivo as notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda. O prazo de defesa foi devolvido ao autuado (fl. 208).

A Repartição Fiscal intimou o contribuinte, cumprindo a solicitação deste Colegiado (fls. 211/212). Em 6/6/2005 o sujeito passivo protocolou nova manifestação (fls. 213/296) junto a este CONSEF, que a enviou à Repartição Fiscal (fl. 297) para ser apensada aos autos.

Nessa manifestação o autuado após transcrever todas as infrações a ele imputadas e reconhecer o cometimento das indicadas como 4 e 5, atacou a infração 1, entendendo, mais uma vez como insubsistente, pois os produtos listados no Auto de Infração não se encontravam enquadrados no regime da substituição tributária, como se segue:

Biscoito polvilho - feito à base de polvilho azedo, não estando inserido no inciso II, do art. 353 do RICMS. Assim tem direito ao crédito fiscal;

Chester Geórgia – por ter, conforme notas fiscais, NCM 1602.32.00, este código, demonstrava que o produto não se encontra na substituição tributária. Nestes termos, foi considerado, pela empresa, produto com tributação normal, com a conseqüente apropriação do crédito;

Codorna – com NCM 0208.90.00 não fazendo parte dos produtos com tributação por substituição tributária, sendo correta apropriação do crédito fiscal;

Frutess da NESTLÉ - , apesar de estarem com o código NCM 2106.90.90 , a Nestlé informou ter havido erro do seu sistema e o código NCM correto é 0403.90.00, não inserido na substituição tributária. Noticiou, ainda, que a Nestlé regularizou seu sistema a partir de agosto de 2002, conforme se podia ser verificado nas notas fiscais emitidas após esse período;

Massas para pastéis Fresca e lasanha Frescarine – da mesma forma que o produto Frutess, o fornecedor (Frescarine) errou no código NCM (1901.20.00). Porém em consulta ao plantão fiscal a empresa foi informada que massas frescas para pastéis não fazem parte da substituição tributária, submetendo-se à tributação normal, com direito ao crédito.

Massas Luigi p/ pizza com borda – embora nas notas fiscais a NCM conste como 1902.20.00, trata-se de massa pré-cozida, não fazendo parte dos produtos tributados por substituição tributária. Anexou declaração do fornecedor informando que o código NCM do produto é 1902.20.00, ou seja, massa cozida ou preparada de outra forma.

Peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro com NCM 1602.3200, não fazendo parte dos produtos elencados na substituição tributária.

No que concerne a infração 2, além das autuantes não terem verificado que algumas notas fiscais foram escrituradas, conforme documentos que disse estar anexando aos autos, outras não foram registradas porque não deram entrada no seu estabelecimento por terem retornado ao remetente. Entendeu que este fato inquinava de nulidade o Auto de Infração, por falta de clareza e imprecisão do lançamento fiscal.

Observou de que o fato era hipótese de retorno de mercadorias que não deram entrada no estabelecimento da empresa e não de devolução como caracterizou a fiscalização estadual. Para corroborar a sua tese, indicando o art. 636, II, “b” e 654, do RICMS/97, afirmou que não existe na legislação estadual qualquer obrigação de as escriturar.

Quanto à infração 3, transcrevendo as determinações do art. 51, II, “h”, do RICMS/97, entendeu inconsistente o lançamento fiscal por dois motivos: primeiro, o fisco lançou inúmeras notas fiscais em duplicidade, conforme planilha que anexou aos autos; e, segundo, é exigida a diferença de alíquota sobre produtos que não estão inseridos na hipótese de incidência do citado artigo (lavanda, alfazema, etc). Informou que embora os fabricantes adotem, por exemplo, os nomes "Deo Colônia Coty Lavanda" ou "Deo Colônia Belle Nature Alfazema", esses produtos são classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como lavanda e alfazema, conforme consignados nas notas fiscais.

Em seguida, requereu a nulidade da ação fiscal com base no art. 18, do RPAF/99 entendendo que o lançamento não contém os elementos de provas suficientes para a determinação exata da infração e do infrator, não é claro, nem tampouco preciso. Neste raciocínio, discorreu sobre nulidades em processos, trazendo as determinações do art. 333 do CPC, art. 142, do CTN, ensinamentos de Ives Gandra e jurisprudência de tribunais superiores. Ressaltou, ainda, que o Decreto estadual nº 25.468, de 31/5/1999, que regulamentou a Lei nº 12.732/97 e que dispõe sobre a estrutura e competência do contencioso administrativo do Estado do Ceará, determina a declaração de nulidade do ato administrativo quando praticado com violação de preceito constitucional. Transcreveu o art. 53 do referido Decreto para concluir que o seu direito de defesa foi violado.

Passou em seguida, a contestar o percentual de multa de 60% e 70% e a inaplicabilidade da taxa SELIC, nos mesmos termos de sua contestação inicial.

Por fim, requereu a nulidade do lançamento fiscal, protestou por juntada posterior de provas por todos os meios permitidos em direito, requereu perícia, indicando quesitos a serem respondidos e a homologação dos valores recolhidos referentes aos itens 4 e 5 do Auto de Infração.

As autuantes foram chamadas para prestar nova informação fiscal (fl. 305). Elas assim se manifestaram: *Conforme determinação da 4ª junta de julgamento fiscal, procedemos a entrega*

*das cópias das Notas Fiscais juntadas ao PAF às fls 79 a 118, conforme termo de recibo anexo. Ratificamos todo o procedimento fiscal adotado, corroborado na contestação anexa a presente peça às fls. 199 a 201, vez que o autuado, como era de direito, apenas prestou informações e esclarecimentos solicitados pela junta de julgamento fiscal. Aguardamos, como é de nossa obrigação, Parecer técnico desse egrégio Conselho. S.M.J. (fl. 307). Apensaram aos autos o recibo de entrega das cópias das notas fiscais conforme solicitação da 4ª JF (fl. 308).*

Diante das determinações do art. 2º e art. 127, § 6º, ambos do RPAF/99, a 4ª JF baixou, novamente, os autos em diligência, para que as fiscais autuantes prestassem nova informação, abrangendo todos os aspectos da defesa apresentada e sua fundamentação (fl. 313).

Em atenção ao solicitado por este CONSEF, as autuantes, ressaltando o objetivo de evitar novas diligências, prestaram a seguinte informação fiscal:

1. disseram que estavam apresentando novos demonstrativos, a partir da análise da contestação e cópias de documentos fiscais apresentados às fls 214/296 dos autos, bem como, de todas as mercadorias constantes da planilha inicial onde foram excluídas todas aquelas que entenderam serem pertinentes às alegações da defesa;
2. em relação à infração 1, analisaram as mercadorias contestadas e incluídas no levantamento fiscal, conforme se segue:

Biscoito Polvilho – é, de fato, feito à base de polvilho azedo, produto que não se encontra inserido no art. 353, II, do RICMS. No entanto, como o autuado não tributa o produto na saída, conforme check list do resumo dos registros em ECF, apenas estornaram o crédito, por se tratar de valor irrelevante, onde a diferença entre o crédito utilizado e o débito a ser apurado não representou prejuízo significativo e assim, evitaram elaborar várias planilhas (fls. 339/340). Ratificaram a infração quanto a esta mercadoria.

Chester Geórgia – embora o autuado tenha contestado a inclusão desta mercadoria no regime da substituição tributária, afirmaram que ele próprio tem conhecimento de seu enquadramento, pois não a tributa nas saídas, conforme provado através de cópias de alguns cupons fiscais e check list dos Resumos de registros em ECF. Estando enquadrada no regime da substituição tributária, o crédito é indevido.

Codorna – concordaram com o impugnante quanto a esta mercadoria e a excluíram do levantamento fiscal;

Frutess, da Nestlé – noticiaram que a Nestlé havia modificado alguns NCM de seus produtos a partir de julho de 2002. Assim, até esta data a NCM da mercadoria era 2106.9090 (do item 3.5, do inciso II do art 353, do RICMS/97). Como trabalham “com fatos” até esta data glosaram os créditos fiscais. A partir dela, como a NCM foi modificada para uma não prevista no art. 353, fato comprovado pelo próprio autuado á fls. 241, não incluíram este produto no levantamento dos créditos indevidos (fls. 347/348);

Massas para pastéis Frescas e lasanha Frescarine – da mesma forma do produto anterior, o autuado imputou a responsabilidade pelo erro ao seu fornecedor (Parmalat), que informou a NCM errada. Reafirmaram que o trabalho desenvolvido foi baseado em fatos. Em sendo assim, como constataram que a mercadoria havia sido tributada na saída, portanto não havendo prejuízo para os cofres da Fazenda Estadual, a excluíram do lançamento fiscal;

Massa Luigi para pizza com borda – observaram que nas notas fiscais não existe qualquer NCM. A apontada pelo impugnante (1902.2000) foi informada pelo seu fornecedor através de Declaração. No entanto, mesmo tendo conhecimento que o produto é massa para pizza, ou seja: discos para pizza cuja matéria prima preponderante é farinha de trigo, bem como, não ser o defendente enquadrado em qualquer item do art. 506, do RICMS/97, por se tratar de entendimento que deixam duvidas, excluíram da ação fiscal todas as pizzas, massas ou discos para pizzas.

Peito Chester defumado Perdigão (fat e inteiro com NCM 1602.3200) – concordaram com o autuado de que este produto não se encontra enquadrado no regime da substituição tributária. O

equivoco decorrer do fato de que “Peito de Peru” é produto substituído e ter sua saída sem tributação, conforme check list anexado à fl. 349. Entretanto, ao realizar pesquisa, constataram que as saídas do referido produto se deram com tributação, o que as levou a suprimi-lo do demonstrativo revisado.

Em relação à infração 2, ressaltaram que se as notas fiscais se referiam a lançamentos efetuados, porém não detectados pela fiscalização, caberia ao autuado demonstrar em seus livros fiscais a existência do registro, o que não aconteceu. Se a falta de registro se deu por falha humana, admitida pelo autuado, mesmo remota, a infração deveria ser mantida. E, se as mercadorias retornaram aos fornecedores, este fato não ficou provado. Mantiveram o procedimento fiscal.

Quanto ao recolhimento a menos de decolônias, observaram que à fl. 181, o impugnante juntou uma listagem onde consta a apuração do débito pela falta de recolhimento do ICMS calculado a alíquota de 27% referente aos produtos supérfluos, particularmente decolônias exclusivamente nos meses de janeiro a junho de 2002; juntando cópias de DAE dos seus recolhimento (fls. 186/192). Quando de sua nova manifestação, juntou novas planilhas (fls 276/ 292) com os valores relativos ao débito proveniente do recolhimento a menos, inclusive, atendendo á intimação feita, cuja listagem dos produtos trazem NCM indicadas pelo próprio representante do autuado (fls. 355/360). Com tais dados, efetuaram outros levantamentos (fls. 350/354).

Em vista do exposto, requereram a manutenção parcial da autuação conforme demonstrativos apresentados.

Chamado para tomar conhecimento da informação prestada pelas autuantes (fls.361) o autuado manifestou-se (fls.363/364) informando o recolhimento do imposto referente às infrações 4 e 5 e requerendo, mais uma vez, a nulidade das infrações 1, 2 e 3 por ausência de prova e cerceamento de defesa do Auto de Infração. Afirmou que as autuantes se limitaram a alegar que a empresa era devedora ao Erário Estadual, sem qualquer prova material da acusação. Observou que a comprovação deste fato era o refazimento do lançamento, sendo excluída parte das infrações 1 e 3, o que a inquinava de nulidade o Auto de Infração, por falta de clareza e precisão do lançamento fiscal, conseqüentemente sendo cerceado seu pleno direito de defesa, conforme disposições do art. 18, IV, “a” e art. 39, III, do RPAF/99.

Atacando o mérito da infração 2, informou que mesmo sendo dever do fisco comprovar a entrada do produto, estava, nesta oportunidade, anexando documentos, colhidos junto aos seus fornecedores, onde restava provado de que as mercadorias não ingressaram no seu estabelecimento.

Requeru a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração e protestou por juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive perícia e diligência.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

*“As argüições de nulidade feitas pelo impugnante ao lançamento fiscal não podem ser aceitas. A acusação, por infração, está clara, baseada na norma tributária vigente e em documentos emitidos pelos fornecedores do contribuinte, nos livros e documentos fiscais por ele mesmo produzidos e nas informações que a empresa prestou através dos seus arquivos magnéticos, não havendo, desta forma, qualquer motivo para ser alegado cerceamento do pleno direito de defesa. A condução incorreta de alguns procedimentos foi sanada por este Colegiado, com base e em obediência ao art. 18, § 1º, do RPAF/99. E, se erros foram cometidos, quanto ao mérito das questões ora abordadas, são casos de improcedência ou procedência parcial da autuação e não de sua nulidade.*

*No mérito, a infração 1 trata da utilização indevida de crédito fiscal em relação á mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Toda a defesa se baseou em que foram incluídas, nesta glosa, mercadorias que não estão inseridas no referido regime, a exemplo de massas alimentícias e biscoitos ou bolachas produzidas no Estado, afora que*

também foram incluídos salgados produzidos á base de farinha de trigo que não se encontram elencados no art. 353, II, 29, do RICMS/97. Quando de sua segunda manifestação, foi mais específico e indicou os produtos que não concordava com a glosa efetuada, quais sejam: biscoito polvilho, chester Geórgia, codorna, Frutess da NESTLÉ, massas para pastéis Fresca e lasanha Frescarine, massas Luigi p/ pizza com borda e peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro.

As autuantes após analisar todas as razões de defesa e a norma regulamentar concordaram com a exclusão no levantamento dos produtos, codorna, Frutess da NESTLÉ, massas para pastéis Fresca e lasanha Frescarine, massas Luigi p/ pizza com borda e peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro. Não excluíram o biscoito polvilho e o chester Geórgia.

O autuado não mais discordou deste item da autuação quando apresentou nova manifestação, apenas requereu, novamente, a nulidade da ação fiscal por cerceamento de defesa. Este argumento já foi ultrapassado e ao não discordar das autuantes quanto aos produtos excluídos e não excluídos, significa que acatou a revisão realizada.

Porém, devo me manifestar a respeito desta revisão. No que se refere às exclusões feitas pelas autuantes, concordo com as mesmas, pois embora a lasanha Fescarine e o Peito Chester defumado Perdigão fat e inteiro estejam incluídos, na época da ocorrência dos fatos geradores, no regime da substituição tributária (art. 353, II, 9, do RICMS/97), estando comprovado, inclusive com a afirmativa do próprio impugnante que nas notas fiscais o código NCM estava errado, a fiscalização, após pesquisa, constatou que as saídas dos referidos produtos se deram com tributação. Neste caso, o imposto foi satisfeito.

Em relação à não exclusão dos produtos Chester Geórgia e polvilho doce (biscoito polvilho Gina), razão assiste às autuantes quanto ao primeiro produto diante da norma legal. Porém discordo do seu posicionamento de que, mesmo sabendo que o produto a base de polvilho doce não está incluído na substituição tributária, por ser a cobrança de pequena monta, não o excluiu do levantamento fiscal. A cobrança do tributo somente pode ser realizada nos estritos termos legais. Assim para que o processo não se arraste por mais tempo e de acordo com o art. 2º, do RPAF/99, refaço o levantamento fiscal com base naquele apresentado pelas autuante às fls. 321/338 dos autos.

Excluindo o polvilho doce do levantamento fiscal

MÊS/ANO	CRÉD. INDEVIDO	POLVILHO DOCE	CRÉD. INDEVIDO
Jan/01	188,57		188,57
fev/01	57,24		57,24
mar/01	23,11		23,11
abr/01	223,81		223,81
mai/01	81,70		81,70
jun/01	485,64		485,64
jul/01	98,29	36,66	61,63
ago/01	147,72		147,72
set/01	94,28	11,00	83,28
out/01	333,61	11,00	322,61
nov/01	106,60		106,60
dez/01	252,01	7,34	244,67
<b>TOTAL 2001</b>	<b>2.092,58</b>	<b>66,00</b>	<b>2.026,58</b>
jan/02	109,84	7,34	102,50
fev/02	103,90	14,68	89,22
mar/02	127,25	14,68	112,57
abr/02	83,59	11,00	72,59
mai/02	59,72	7,34	52,38
jun/02	94,78	11,00	83,78
jul/02	72,52	22,08	50,44
ago/02	9,16	9,17	0,00
<b>TOTAL 2002</b>	<b>660,76</b>		<b>563,48</b>

**DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 1**

<b>CÓD. DÉBITO</b>	<b>D. OCORRÊNCIA</b>	<b>D. VENCIMENTO</b>	<b>ICMS</b>	<b>MULTA</b>
10	31/01/2001	09/02/2001	188,57	60
10	28/02/2001	09/03/2001	57,24	60
10	31/03/2001	09/04/2001	23,11	60
10	30/04/2001	09/05/2001	223,81	60
10	31/05/2001	09/06/2001	81,70	60
10	30/06/2001	09/07/2001	485,64	60
10	31/07/2001	09/08/2001	61,63	60
10	31/08/2001	09/09/2001	147,72	60
10	30/09/2001	09/10/2001	83,28	60
10	31/10/2001	09/11/2001	322,61	60
10	30/11/2001	09/12/2001	106,60	60
10	31/12/2001	09/01/2002	244,67	60
10	31/01/2002	09/02/2002	102,50	60
10	28/02/2002	09/03/2002	89,22	60
10	31/03/2002	09/04/2002	112,57	60
10	30/04/2002	09/05/2002	72,59	60
10	31/05/2002	09/06/2002	52,38	60
10	30/06/2002	09/07/2002	83,78	60
10	31/07/2002	09/08/2002	50,44	60
<b>TOTAL</b>			<b>2.590,06</b>	

Mantenho a autuação relativa a esta infração no valor de R\$2.590,06.

A segunda infração exige multa pela falta de escrituração de aquisições de mercadorias tributáveis no estabelecimento nos exercícios de 2001, 2002 e 2003.

O defendente trouxe três argumentos para desconstituir a ação fiscal.

No primeiro disse que as autuantes se basearam, tão somente, em relatório do CFAMT. A respeito deste argumento, ressalto que as autuantes não se basearam em relatórios do CFAMT e sim nas terceiras e quartas vias dos documentos fiscais. Além do mais, conforme informado pelas autuantes, antes da lavratura do Auto de Infração ele tomou conhecimento das planilhas elaboradas. Porém como não existia, nos autos, prova de que a empresa autuada havia recebido cópia dos referidos documentos, a 4ª JJF solicitou que elas fossem dadas a conhecer ao contribuinte, o que foi realizado e reaberto prazo de defesa. Como as notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda são documentos de prova para constatação da irregularidade em questão, se falha houve sobre este aspecto, ela foi saneada, não havendo mais como o sujeito passivo alegar cerceamento de defesa.

No segundo, disse que algumas delas estavam registradas. Inclusive afiançou que estava anexando, aos autos, prova da sua alegação. A respeito deste argumento não posso concordar com o impugnante. A ação fiscal está baseada nas notas fiscais colhidas junto ao CFAMT e no livro Registro de Entradas da empresa, conforme provas acostadas às fls. 77/118 dos autos. Além do mais, a prova que disse ter não as trouxe. Inclusive, quando de sua última manifestação, não mais se referiu ao assunto. Assim, este argumento não pode ser levado em consideração.

No terceiro argumento, observou que houve retorno das mercadorias ao remetente. Ressaltou que a situação não era de devolução e sim de retorno, ou seja, as mercadorias não adentraram em seu estabelecimento comercial. Embora o argumento não seja motivo para a nulidade da ação fiscal conforme advogou o defendente, é necessária maior verificação, pois sendo retorno de mercadoria não recebida elas não são escrituradas.

Inicialmente, observo não ser da competência do fisco estadual pesquisar este fato, mas sim obrigação do contribuinte provar suas operações comerciais. O pedido houve, a mercadoria circulou e se ela não adentrou no estabelecimento, cabe à empresa esta prova.

No mais, o art. 636, II, "a" e "b", do RICMS/97 determina que o Conhecimento de Transporte ou a



nota fiscal originária poderão servir para acobertar as mercadorias devolvidas ou retornadas pelo adquirente. Em seu art. 654 indica todas as providências que o remetente deve tomar ao receber as mercadorias devolvidas, entre elas emitir nota fiscal de entrada e escriturá-la. Assim, ao trazer ao processo as notas fiscais de entradas e cópia do livro Registro de Entradas dos seus fornecedores, o sujeito passivo desconstituiu a multa aplicada sobre as seguintes notas fiscais:

Nº 240.013, de 14/2/2001 (Nota Fiscal de Entrada nº 240.536, emitida em 19/2/2001 – fls. 366/367 e declaração do fornecedor á fl. 377);

- Nº 240.014, de 14/2/2001 (Nota Fiscal de Entrada nº 240.537, emitida em 19/2/2001 – fls. 368/369 e declaração do fornecedor á fl. 377);
- Nº 157.069, de 29/6/2001 (Nota Fiscal de Entrada nº 158.136, emitida em 6/7/2001 – fls. 370/371 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 372);
- Nº 158.827, de 11/7/2001 (Nota Fiscal de Retorno nº 159.917, emitida em 19/7/2001 – fls. 373/374 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 375);
- Nº 12.490, de 26/8/2001 (Nota Fiscal de Entrada nº 12.530, emitida em 29/8/2001 – fls. 378/390);
- Nºs 138.885, 138.884 e 138.886, todas emitidas em 9/8/2001 (Notas Fiscais de Entrada nº 004.975, 004.972 e 004.976, emitidas em 14/8/2001 – fls. 264/269);
- Nº 603.036, de 28/9/2001 (Nota Fiscal de retorno nº 607.206, emitida em 10/10/2001 – fls. 258/259 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 260);
- Nº 193.032, de 24/1/2002 (Nota Fiscal de Entrada nº 006.295, emitida em 28/1/2002 – fls. 271/272).
- Nº 693.537, de 23/5/2001 (Nota Fiscal de retorno nº 705.131, emitida em 18/6/2001 – fls. 261/262 e cópia do livro Registro de Entradas do fornecedor á fl. 263);

Não posso aceitar as provas trazidas pelo defendente em relação às notas fiscais emitidas pela Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais Ltda (Nota Fiscal nº 75.810, 60.654 e 49.665), pois no livro Registro de Entrada do fornecedor não consta qualquer registro (fls. 248/253) e não houve a apresentação da nota fiscal de entrada de retorno ou devolução.

De igual forma, as notas fiscais constantes das fls. 254/257 dos autos e emitidas pela Parmalat Brasil S/A, pois documentos do exercício de 2000, não autuado.

Quanto a Declaração da empresa Dairy Partners Américas Brasil Ltda., afirmando que as mercadorias, constantes da Nota Fiscal nº 4269 e emitida em 21/3/2003, retornaram ao seu estabelecimento e foi, na ocasião, emitida nota fiscal de entrada de nº 4388 em 24/3/2003 (fl. 378), não posso aceitar este documento sem outras provas, conforme aceitei a declaração da Nestlé Brasil Ltda., já que acompanhada das cópias das notas fiscais de entradas.

Diante do exposto mantenho parcialmente a infração, aplicando a multa no valor de R\$1.434,84, conforme demonstrativo a seguir.

#### DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 2

D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	VLR. MULTA COBRADA NO AI	VLR MULTA SOBRE NF EXCLUÍDAS	VLR DA MULTA COBRADA
31/01/2001	09/02/2001	63,44	0,00	63,44
28/02/2001	09/03/2001	75,61	50,48	25,13
30/04/2001	09/05/2001	35,31	0,00	35,31
31/05/2001	09/06/2001	93,51	0,00	93,51
30/06/2001	09/07/2001	96,33	20,20	76,13
31/07/2001	09/08/2001	86,86	50,90	35,96
31/08/2001	09/09/2001	179,60	143,07	36,53
30/09/2001	09/10/2001	32,90	32,90	0,00
31/10/2001	09/11/2001	45,85	0,00	45,85
31/12/2001	09/01/2002	49,10	0,00	49,10

31/01/2002	09/02/2002	98,29	21,26	77,03
31/05/2002	09/06/2002	201,79	27,57	174,22
31/07/2002	09/08/2002	166,21	0,00	166,21
31/10/2002	09/11/2002	78,00	0,00	78,00
31/12/2002	09/01/2003	329,36	0,00	329,36
31/01/2003	09/02/2003	54,30	0,00	54,30
31/03/2003	09/04/2003	23,64	0,00	23,64
30/04/2003	09/05/2003	71,12	0,00	71,12
<b>TOTAL</b>				<b>1.434,84</b>

A infração 3 exige ICMS pelo recolhimento a menos do tributo em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos exercícios de 2001 a 2003. A infração foi apurada pela análise dos dados do Registro 60R dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via Sintegra, ou seja, através de informações prestadas pela própria empresa autuada, não havendo qualquer motivo para se alegar cerceamento de defesa.

Ao impugnar o lançamento fiscal, o sujeito passivo afirmou que lançou inúmeras notas fiscais em duplicidade, conforme planilha que anexou aos autos, que já havia recolhido o imposto sobre a diferença de alíquota de 17% para 25% (produtos supérfluos), além do fato de que foram autuadas mercadorias não inclusas no art. 51, II, do RICMS/97, a exemplo de "Deo Colônia Coty Lavanda" ou "Deo Colônia Belle Nature Alfazema", produtos classificados nas nomenclaturas NCM e NBM/SH como lavanda e alfazema, conforme consignados nas notas fiscais. Após analisar todos os argumentos de defesa, as autuantes realizaram uma revisão do lançamento fiscal, apresentando novos valores de ICMS a ser exigido. Quando de sua última manifestação, oportunidade em que tomou conhecimento da modificação de débito efetuada pelo fisco e com base nos seus argumentos, o sujeito passivo não mais se manifestou, o que entendo como aceitação dos valores indicados.

Por esta razão, tomo como correto o levantamento revisado pelas autuantes e mantenho a autuação referente a este item no valor de R\$999,95, conforme demonstrativo a seguir.

#### DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 3

CÓD. DÉBITO	D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	ICMS	MULTA
10	31/01/2001	09/02/2001	30,90	60
10	28/02/2001	09/03/2001	20,67	60
10	31/03/2001	09/04/2001	18,77	60
10	30/04/2001	09/05/2001	21,37	60
10	31/05/2001	09/06/2001	23,34	60
10	30/06/2001	09/07/2001	21,13	60
10	31/07/2001	09/08/2001	18,01	60
10	31/08/2001	09/09/2001	37,01	60
10	30/09/2001	09/10/2001	24,25	60
10	31/10/2001	09/11/2001	27,09	60
10	31/01/2002	09/02/2002	67,54	60
10	28/02/2002	09/03/2002	83,76	60
10	31/03/2002	09/03/2002	75,12	60
10	30/04/2002	09/03/2002	71,83	60
10	31/05/2002	09/06/2002	91,93	60
10	30/6/2002	09/7/2002	47,16	60
10	31/01/2003	09/02/2003	23,82	60
10	28/02/2003	09/03/2003	21,86	60
10	31/03/2003	09/04/2003	26,78	60
10	30/04/2003	09/05/2003	38,09	60
10	31/05/2003	09/06/2003	33,06	60
10	30/06/2003	09/07/2003	13,36	60
10	31/07/2003	09/08/2003	26,29	60
10	31/08/2003	09/09/2003	22,88	60

10	30/09/2003	09/10/2003	23,03	60
10	31/10/2003	09/11/2003	11,36	60
10	30/11/2003	09/12/2003	33,41	60
10	31/12/2003	09/01/2004	42,93	60
TOTAL			996,75	

A quarta infração exige ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento comercial, por não ter sido respeitado a proporcionalidade determinada em lei, no mês de maio 2002 e na quinta infração, foi aplicada multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, sobre mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no mês de março de 2003. O autuado confessou as irregularidades, recolhendo os valores cobrados. Não havendo lide a ser decidida as mantenho nos valores de R\$1.142,62 e R\$241,70, respectivamente.

Por fim, o autuado ainda se insurgiu contra a aplicação da taxa SELIC para correção do débito exigido e contra a multa aplicada, a nominado de cunho confiscatório. Esta é questão que não cabe discussão neste foro administrativo, pois em ambos os casos, as previsões estão determinadas na legislação tributária vigente.

Voto pela procedência parcial da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$4.729,43, mais as multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$1.676,54, devendo ser homologado os valores recolhidos”.

Em seu Recurso Voluntário o recorrente reitera a sua arguição de nulidade das infrações 01 e 02, por violação do art. 18, IV, “a” e do art. 39, inciso III do Decreto nº 7.629/99 e art. 5º da CF.

No mérito, com referência à infração 1 diz que a alegação fiscal de que o produto CHESTER GEORGIA estaria enquadrado no regime de substituição tributária, e aceita pela JJF, não prospera, porque as notas fiscais anexadas ao processo demonstram que o NCM da mercadoria é 1602.32.00, e este código não se refere aos produtos tributados por substituição tributária, listados no art. 353 do RICMS, por isso foram considerados produtos com tributação normal, estando correto o aproveitamento do crédito.

Quanto à infração 2 afirma que o recorrente é empresa tradicional no ramo de supermercados, tendo compromisso com a sociedade, a verdade material e a lei e jamais deixou de registrar notas fiscais relativas às mercadorias adquiridas, em pedido, no seu estabelecimento. Só não pode registrar mercadorias que não ingressaram, ou porque não foram compradas ou retornaram por estarem em desacordo como pedido. Acrescenta que tais circunstâncias podem ser constatadas através das notas fiscais de saídas e de entradas emitidas pelos fornecedores, bem como através dos registros de entradas das mercadorias em retorno nos livros dos fornecedores e também através de declarações de que a operação foi cancelada (doc. 01). Em assim sendo o recorrente não está obrigada a registrar a nota fiscal no livro de entrada, consoante os arts. 229, VI, 636, II, “b” do RICMS, que claramente prevê o retorno da mercadoria com a mesma nota fiscal originária, e quem deve emitir a nota fiscal de entrada é o estabelecimento remetente, razão porque deve ser anulada a exigência fiscal, conforme se comprova através dos documentos anexos. Diz ainda que, embora a Fazenda tenha por delegação a prerrogativa de solicitar a fornecedores, até mesmo de outros Estados, transferiu essa obrigação à recorrente, que, mesmo assim, demonstrando a sua boa fé, e o desejo de elucidar o fato, solicitou aos fornecedores das mercadorias as notas e livros fiscais, na certeza de que não adquiriu as mercadorias, e se o fez, estava em desacordo com o pedido, jamais tendo entrado fisicamente em seu estabelecimento.

Protesta contra a aplicação da taxa SEIC, que diz ser ilegal, já que o CTN em seu art. 161 § 1º determina que só se pode cobrar juros de mora, não admitindo percentual superior a 1%.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, argumentando:

1. quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa, entende insubsistente a pretensão de

nulidade veiculada pelo recorrente, pois se verifica à saciedade que a imputação infracional está absolutamente clara e alicerçada na legislação estadual e arrimada em documentos fiscais fornecidos pela próprio recorrente.

2. com referência ao enquadramento do CHESTER GEORGIA, transcreve o 353 do RICMS para demonstrar que à época do fato gerador do imposto esse produto estava enquadrado no regime de substituição tributária.
3. com relação à falta de registro das mercadorias no estabelecimento do recorrente, transcreve os arts. 229 e 654 do RICMS, para concluir que as datas de emissão dos documentos fiscais acostados aos autos não coincidem com as das entradas das mercadorias em retorno; não há nos documentos fiscais qualquer indicação da motivação da devolução das mercadorias, como expressamente obriga a legislação estadual, e mais, não trouxe aos autos qualquer elemento contábil que comprove que a importância eventualmente debitada ao destinatário não tenha sido recebida.

### **VOTO (Vencido quanto à Infração 2)**

Insubsistente a nulidade argüida pelo recorrente, pois as infrações estão alicerçadas em documentos e provas de pleno conhecimento do contribuinte e em normas tributárias vigentes e claramente determinadas.

Com referência à infração 1, à época do fato gerador o produto CHESTER GEORGIA estava enquadrado no regime de substituição tributária, conforme disposto no art. 353, II, 9 do RICMS, sendo devida, portanto, a cobrança do tributo.

A infração 2 trata de levantamento, através do SINTEGRA, da entrada de mercadorias tributáveis no estabelecimento do contribuinte sem a devida escrituração. Alega o recorrente que não há prova da entrada, pois as mesmas retornaram aos fornecedores, e nesse caso o contribuinte não está obrigado, conforme arts. 229, VI e 636, II, “b”, a escriturar tais mercadorias, competindo aos fornecedores apresentar ao fisco os elementos necessários à comprovação desse retorno, conforme art. 654 do RICMS, com reforço na Cláusula Oitava do Convenio nº 57/95.

Partindo da afirmação do contribuinte de que as mercadorias objeto da autuação não deram entrada em seu estabelecimento, para que a autuação prevalecesse, caberia ao fisco fazer prova em contrário. Não o fazendo deve ser considerado o que estabelece o art. 654, V, § 1º do RICMS: *“o transporte de mercadoria em retorno será acompanhado pela própria NF originária, em cuja 1ª via deverá ser feita a observação, antes de se iniciar o retorno, pela pessoa indicada como destinatária ou pelo transportador quanto ao motivo de não ter sido entregue a mercadoria: recusa de recebimento, ..... ”*.

Em abono de sua boa-fé, o contribuinte, apesar de desobrigado legalmente, requereu e obteve de alguns fornecedores documentos comprobatórios da não entrada das mercadorias, parcialmente considerados pela JJF. Mas, por outro lado outras não foram obtidas porque não possui o contribuinte, ao contrário do Fisco, o poder de coagir os fornecedores a lhe enviarem, em prazo adequado as provas solicitadas.

Em face do exposto, dou Provimento Parcial ao Recurso Voluntário para excluir da condenação a parcela relativa ao item 2 da autuação.

Na assentada de julgamento, deliberou a Câmara de Julgamento Fiscal, por maioria, vencido este relator, converter o processo em diligência para o atendimento das solicitações de fl. 448, ficando designado o Conselheiro Álvaro Barreto Vieira como relator de diligência à ASTEC para atendimento das seguintes solicitações:

1. que seja o recorrente intimada a, no prazo de trinta dias, obter junto a seus fornecedores a comprovação do retorno ou da devolução das mercadorias cujas operações ainda subsistem na infração;

2. de posse dos documentos apresentados e dos de fls. 423 a 434, deverá o diligenciador excluir da infração em tela os valores cujos retornos ou devoluções venham a ser comprovados pelo recorrente;
3. que seja elaborado um novo demonstrativo de débito caso remanesça valor a recolher na citada infração.

O Auditor Fiscal diligente apresenta a seguinte conclusão: *"Analisando os documentos de fls. 423 a 434 conforme pedido, constatamos a declaração do fornecedor atestando o retorno das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 4269.*

*Assim, conforme demonstrativo anexo, ajustamos os demonstrativos da infração 02 (fls. 78, 102 e 114), já considerando as exclusões expressadas no julgamento da Primeira Instância (fl. 394), caso se considere apenas as comprovações documentais trazidas ao PAF. Em consequência, o demonstrativo do débito remanescente passa a ser o seguinte (segue demonstrativo).*

*Assim, feito o ajuste, caso não se considere os demais argumentos expostos na petição do contribuinte, (anexa), levando-se em conta apenas as comprovações documentais que atestam o retorno/devoluções de mercadorias acompanhadas de Notas Fiscais inseridas na infração 02, o valor devido restante é de R\$ 1.134,24."*

O recorrente manifesta-se sobre a diligência, reiterando os argumentos expendidos anteriormente, requerendo a nulidade da infração 2 e juntando novos documentos referentes a retorno de mercadorias.

Manifestando-se mais uma vez, fls. 480/482, em decorrência de intimação recebida, repete novamente os argumentos expendidos, mantendo os termos da Impugnação e do Recurso Voluntário, e requer ainda a juntada posterior de provas, inclusive perícia e diligências, *"alçando essas duas à condição de preliminar, para que sejam elucidadas todas as dúvidas inerentes ao Auto de Infração"*.

A PGE/PROFIS opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para que o débito referente ao levantamento quantitativo seja reduzido, nos termos do Parecer técnico da ASTEC, reiterando o Parecer de fls. 441/446 quanto aos demais argumentos recursais. O procurador do Estado ratifica o Parecer.

Coerentemente com o entendimento manifestado no voto emitido na oportunidade do julgamento do presente processo, e não ocorrendo qualquer fato que permita a sua revisão, reitero os argumentos expendidos, para dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso do Voluntário, excluindo da condenação a parcela relativa ao item 2 do Auto de Infração.

#### **VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 2)**

Divirjo do entendimento do ilustre relator quanto à infração 2, pois entendo que a mesma subsiste parcialmente, conforme apurado na diligência efetuada pela ASTEC. Quanto às demais infrações, acompanho o voto do relator.

Afasto as preliminares de nulidade, pois a acusação feita no lançamento é clara, foi entendida pelo recorrente e está acompanhada de demonstrativos e documentos que evidenciam o ilícito fiscal que foi imputado ao autuado, não havendo, assim, o alegado cerceamento de defesa.

No mérito, constato que as notas fiscais acostadas ao processo e não escrituradas nos livros fiscais próprios são idôneas, estão endereçadas ao recorrente, transitaram pelo território deste estado e são provas materiais das aquisições nelas consignadas. O recorrente alega que essas mercadorias não entraram em seu estabelecimento. Dessa forma, cabe ao recorrente o ônus de comprovar a veracidade de sua alegação, a qual contraria as notas fiscais acostadas ao processo.

Na Primeira Instância, o autuado, ora recorrente, conseguiu comprovar o retorno de parte das mercadorias e, em consequência, as aquisições correspondentes foram acertadamente excluídas da autuação na Decisão recorrida. No Recurso Voluntário, o processo foi convertido em

diligência à ASTEC, para que o recorrente fosse intimado a acostar ao processo as provas dos retornos ou devoluções alegadas, reabrindo-se o prazo de defesa.

A diligência foi atendida, tendo o recorrente comprovado o retorno de parte das aquisições. Em consequência, a multa que remanesce (R\$1.434,84) foi retificada, passando para R\$1.134,25.

Comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, entendo que o resultado da diligência deve ser acolhido, pois está respaldado em demonstrativos e documentos probantes acostados ao processo. Dessa forma, a infração 2 subsiste parcialmente.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para retificar o valor devido na infração 2, o qual passa de R\$ 1.434,84 para R\$ 1.134,25, conforme demonstrativo da ASTEC – fl. 454.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade em relação à infração 1 e, em decisão não unânime quanto à infração 2, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 123430.0003/04-0, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (BOMPREGO BAHIA S/A – MINI BOMPREGO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.729,43**, 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\$1.375,95**, previstas no art. 42, IX e II “d” c/ § 1º, do mesmo Diploma Legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2): Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, Eduardo Nunes de Moura, Helcônio de Souza Almeida e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto à Infração 2): Conselheiros Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ –RELATOR/VOTO (Vencido Quanto à Infração 2)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS