

**PROCESSO** - A. I. Nº 298743.0010/04-8  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (BOMPREGO BAHIA S/A)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0185-02/06  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**INTERNET** - 23/11/2006

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0444-12/06

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO RELATIVO A ENERGIA ELÉTRICA, SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO, MATERIAL DE EMBALAGEM E AQUISIÇÃO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO QUE FORAM UTILIZADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS RESULTARAM EM OPERAÇÕES ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS. Infração caracterizada. 2. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. Comprovada a ocorrência através de cópias de notas fiscais coletadas no CFAMT que servem como elementos de provas do cometimento da infração. Elidida em parte a autuação. Rejeitado pedido de decadência do período de 1999 e das preliminares de nulidade. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC e das penalidades aplicadas. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/12/2004, para exigir ICMS no valor de R\$ 81.550,37, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de estorno de crédito no total de R\$52.565,99, referente a mercadorias e serviços utilizados no estabelecimento com utilização de crédito fiscal de energia elétrica, ativo imobilizado, telecomunicação e material de embalagem, e que posteriormente foram objeto de saídas isentas e não tributadas, nos exercícios de 1999, 2000 e 2001, conforme demonstrativos às fls. 12 a 35.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$27.852,08, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com base em notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, durante os exercícios de 1999, 2000 e 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 49 a 249.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.132,30, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com base em notas fiscais obtidas mediante cruzamento de informações via arquivo magnético

com os respectivos fornecedores, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, julho de 1999, fevereiro a setembro de 2000, e março e abril de 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 37 a 48.

A infração 3 foi julgada nula pela Junta, tendo em vista que o débito foi apurado com base em cruzamento de informações através do SINTEGRA (arquivos magnéticos dos fornecedores) sem apresentação das respectivas cópias das notas fiscais.

Cinge-se, portanto, o apelo empresarial às infrações 1 e 2, a primeira julgada procedente e a segunda, mantida parcialmente, face à junta de provas que comprovaram o retorno aos fornecedores de parte das mercadorias adquiridas.

No Recurso Voluntário, o contribuinte argüiu, inicialmente, a nulidade do lançamento em relação aos fatos geradores relativos ao período de janeiro a dezembro de 1999, com base no § 4º do artigo 150 combinado com o artigo 156, V e VII, do CTN, sob o fundamento de que em virtude do Auto de Infração ter sido lavrado em 30/12/2004 os valores referentes ao citado período já haviam sido alcançados pela decadência. Citou a jurisprudência no âmbito do STJ.

Em seguida, como segunda preliminar, e com fulcro no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aduz que falta clareza e precisão ao Auto de Infração, sob alegação de que o mesmo não contém os elementos suficientes para a determinação exata da infração e do infrator, e está em desacordo com o artigo 39, inciso III do citado Regulamento por falta de provas. Teceu algumas considerações sobre o ônus da prova.

Em outra preliminar, desta feita com base no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, alegou cerceamento de defesa. Sustentou que o Auto de Infração foi lavrado sem provas e com descrição falha, deixando de considerar dados objetivos presentes nos documentos fiscais, ressaltando que ficou prejudicada sua defesa, pois não sabe o que precisa provar para se defender. Fez referência a doutrina e a jurisprudência, e um caso em que o CONSEF julgou nulo o Auto de Infração por incerteza quanto à liquidez do lançamento, por faltar demonstrativos analíticos do levantamento físico-quantitativo, bem como do cálculo da antecipação tributária. Conclui, sobre esta última preliminar, que restou evidenciado o cerceamento do direito de defesa, impondo a nulidade das infrações que lhe foram imputadas.

No mérito, se pronunciou em relação a cada infração na forma que segue.

INFRAÇÃO 1 – Reiterou o pedido de nulidade dessa infração, por entender que os períodos que estão sendo exigidos pelo fisco (anteriores a dezembro de 1999), já decaíram, em decorrência da homologação tácita, por ter decorrido mais de cinco anos da data do fato gerador.

INFRAÇÕES 2 – Argumentou que a mesma é totalmente improcedente por não ter havido omissão de saídas de mercadorias, mas retorno das mesmas aos seus fornecedores. Afirmou, em síntese, que não recebeu as mercadorias indicadas nas notas fiscais, pois foram devolvidas aos remetentes, na própria nota fiscal de aquisição, conforme estabelece o RICMS, e que não tem como produzir a prova da devolução, primeiro porque não lhe cabe, face às disposições da legislação e segundo porque não cabe fazer tal exigência a seus fornecedores, inclusive em razão de alguns já não existirem mais. Afirmou que não pode exercer poder de fiscalização em substituição ao fisco estadual, mas mesmo assim continua realizando pesquisas junto aos fornecedores a fim de produzir a prova da efetiva devolução das mercadorias.

Falou sobre inaplicabilidade da Taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), atinente aos créditos tributários, por entender que de acordo com o § 1º do artigo 161 do CTN só é devido cobrar juros de mora até o limite de 1%, e considerou inconcebível que a lei complementar tenha fixado qualquer valor acima desse limite, pois a sua aplicação afronta a Lei de Usura, por se constituir como remuneração de capital e não como juros de mora.

Considerou confiscatória a multa nos percentuais de 60% e 70%, com base no entendimento do judiciário de que a multa moratória não deve ultrapassar o percentual de 20%, sob pena de ferir o princípio do não confisco.

Ao final, reafirmou os termos de sua defesa, reiterando o pedido de nulidade das infrações em face da decadência e da inexistência de provas do alegado, cerceando o direito de defesa do acusado, além de formular pedido de improcedência, inclusive reivindicando a aplicação do princípio “in dubio pro contribuinte”, estampado no art. 112 do Código Tributário Nacional.

A Procuradoria Estadual, ao se manifestar nos autos (fls. 438 a 400), afastou as preliminares de nulidade argüidas pelo sujeito passivo, considerando que as infrações foram devidamente tipificadas e acompanhadas das notas fiscais que as sustentam. Além disso afirmou que o contribuinte compreendeu perfeitamente o que lhe era imputado, tendo exercido de forma ampla e incontestável a sua defesa. Quanto à infração 3, discorreu que as alegações recursais são descabidas, posto que a mesma foi considerada nula pela Decisão recorrida.

No que se refere à preliminar de decadência, transcreveu o art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia, para concluir que a lei estadual utilizando-se do permissivo legal – art. 150, parágrafo 4º, do CTN-, prorrogou o início do prazo decadencial para os tributos estaduais por homologação, como o ICMS, para o primeiro dia do exercício seguinte. Mencionou, ainda, que parte da doutrina de escol traduz com precisão o entendimento ora exposto, a exemplo das palavras do Prof Paulo de Barros Carvalho, in Curso de Direito Tributário, Ed Saraiva, 2000. Pág-425-426. ***“Vale dizer, cabe à lei correspondente a cada tributo estatuir prazo para que se promova a homologação. Silenciando acerca desse período, será ele de cinco anos, a partir do acontecimento factual”***. Com base nesse fundamento, sustenta que a autuação procedida foi correta, não se podendo falar em decadência dos fatos geradores de 2000 e 2001.

No tocante ao mérito da infração 02, disse que a prova do não recebimento das mercadorias cabe ao contribuinte, como foi feito em relação a parte da autuação. Em relação às parcelas remanescentes, não há qualquer prova nos autos capaz de elidir tais infrações. Considerou que as mesmas são procedentes.

Quanto à alegação de caráter confiscatório das multas, observou que além de não caber ao CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade, nos termos do RPAF, as multas aplicadas são as previstas em lei para as infrações caracterizadas. Em estando a norma jurídica vigente, deve ser aplicada.

Quanto à alegação referente à taxa SELIC, a Lei nº 9.250/95 prevê, nos termos da autorização do art. 161 do CTN, que esse será o instrumento para aplicação dos juros de mora. Argumentou que a questão já foi por demais debatida nos Tribunais Superiores que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da aplicação da Selic. Transcreveu Decisão do STJ.

Ao concluir o Parecer, a Sra. representante da PGE/PROFIS se manifestou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, com relação às preliminares argüidas, a JJF e a PGE/PROFIS enfrentaram adequadamente os argumentos do autuado, fundamentando a sua rejeição. De fato, não se inclui na competência deste Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme dispõe o art. 167, I do RPAF/99. Também, em nenhum momento o contribuinte deixou de exercer a sua ampla defesa, pois as infrações estão claramente demonstradas e tipificadas no Auto de Infração. As notas fiscais que fundamentam o lançamento

de ofício foram anexadas ao processo e o contribuinte recebeu os demonstrativos que espelham a acusação e valores decorrentes.

A taxa SELIC está prevista no art. 102, I e II do COTEB e no RICMS, e os Tribunais Superiores têm se pronunciado sobre a sua legalidade e constitucionalidade, não restando, portanto, nenhuma dúvida quanto à sua correta aplicação pelo fisco estadual.

Em relação às penalidades aplicadas em consócio que a exigência do imposto, as mesmas se encontram previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não podendo o órgão de julgamento administrativo afastá-las sob o argumento de inconstitucionalidade.

No que tange a alegação de decadência do lançamento relativo ao período de 01/99 a 12/99, correto o posicionamento doutrinário adotado pela Procuradoria na solução da questão. Assim, o marco inicial do prazo decadencial é, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária. Porém, a legislação baiana, respalda em autorização legal - parágrafo 4º, do art. 150 do CTN, fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual deve-se iniciar a contagem do prazo decadencial. No caso presente, o lançamento de ofício foi constituído a partir da ciência do Auto de Infração no dia 30/12/04 (doc. fl. 04), e desse modo, o primeiro dia do exercício seguinte foi 01/01/2000, contando daí o prazo decadencial, incorrendo, assim, a alegada decadência do crédito tributário.

Quanto ao mérito, observo que todas as infrações estão apoiadas em levantamentos, demonstrativos e respectivos documentos, mais precisamente, do DEMONSTRATIVO DE AUDITORIA DE CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA, COMUNICAÇÃO, IMOBILIZADO E EMBALAGEM (fls. 12 a 36); DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS RETIDAS NOS POSTOS FISCAIS (CFAMT) E NÃO ESCRITURADAS (fls. 49 a 238).

Na infração 1, o estabelecimento se creditou do imposto sobre energia elétrica, serviços de telecomunicações e material de embalagem, sem efetuar o estorno proporcional às saídas com isenção do ICMS. O contribuinte, na peça recursal, não fez qualquer consideração sobre o mérito deste item, limitando-se apenas a argüição de decadência dos créditos tributários relativos ao período de janeiro a dezembro de 1999, a qual, já foi apreciada e rejeitada nas preliminares argüidas. Mantida, portanto, procedência exigência fiscal.

Quanto à infração 2, que se refere à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas com base nas notas fiscais capturadas no CFAMT, o débito se encontra devidamente especificado nos demonstrativos intitulados de DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS RETIDAS NOS POSTOS FISCAIS (CFAMT) E NÃO ESCRITURADAS (fls. 49 a 238). Nessa situação, quando o fisco constata que o contribuinte não contabilizou nem escriturou notas fiscais de aquisição se configura a presunção legal de omissão de saídas anteriores correspondente à entrada de mercadorias não contabilizadas (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96), cabendo ao sujeito passivo produzir prova em contrário que desconstitua a infração.

No caso vertente, verifico que o recorrente logrou êxito em comprovar, após revisão efetuada pelos fiscais, que houve efetiva devolução de parte das mercadorias, fato que redundou em redução do montante originalmente cobrado. Importante reafirmar que se aplica, *in casu*, por expressa disposição, a presunção inculpada em lei, decorrente da coleta de notas fiscais junto ao CFAMT, que pode ser elidida, mediante prova em contrário por parte do contribuinte. Assim, caberia ao mesmo fazê-lo quanto as notas fiscais remanescentes, o que efetivamente não ocorreu.

Todavia, nada impede que o sujeito passivo, logrando conseguir documentos outros, comprobatórios de sua argumentação, apresente-os à Procuradoria para que, no controle da legalidade, possam os mesmos ser apreciados.

Assim, no que tange à infração 2, restou comprovado que o autuado deixou de lançar algumas notas fiscais no LREM (Livro Registro de Entradas), detectadas nos postos fiscais e constantes do

CFAMT. No caso presente o *ônus probandi* não pode ser atribuído ao Fisco Estadual, mas sim ao contribuinte, em face da presunção albergada em lei.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, 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 **298743.0010/04-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. (BOMPREÇO BAHIA S/A)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$79.144,68**, sendo R\$57.977,48, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$47.585,38 e 70% sobre R\$10.392,10, previstas no artigo 42, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$21.167,20, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.980,61 e 70% sobre R\$16.186,59, previstas nos dispositivos legais acima citados, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

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

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS