

A. I. N° - 207494.0001/05-0
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA S/A.
AUTUANTES - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA e REGINALDO CANDIDO DE MEDEIROS
FILHO
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 04/04/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0093-03/06

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) NOTAS FISCAIS COLETADAS NO CFAMT. b) NOTAS FISCAIS COLETADAS NO SINTEGRA. Apurada a ocorrência através de notas fiscais coletadas no CFAMT e SINTEGRA, que servem como elemento de prova de que as mercadorias foram entregues no estabelecimento do autuado. Comprovado o registro de parte das notas fiscais. Refeitos os cálculos. Em ambas as situações, restou apenas comprovado o descumprimento de obrigação acessória, sendo cabível multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Verificada a insubsistência de infração quanto a obrigação principal, ficou, entretanto comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada a imputação, sendo que, a penalidade pertinente ao item “b” ficou absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal exigida em outra infração integrante do mesmo procedimento. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Comprovado a devolução de parte das mercadorias. Infrações parcialmente caracterizadas. **c) UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO.** Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração não elidida.

4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO UTILIZADO EM OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS. É vedado a utilização de crédito relativo a operações subsequentes isentas ou não tributadas. Infração caracterizada. Rejeitados os pedidos nulidade, perícia e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto em lide foi lavrado em 30/06/05, para exigir imposto relativo às seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas. Consta, no campo da descrição dos fatos, que a omissão foi “apurada através de vias de notas fiscais retidas nos Postos Fiscais e constante no CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), conforme demonstrativo de Auditoria de Falta de Registro de Notas Fiscais” juntados às fls. 13 a 21 e cópias das notas fiscais juntadas às fls. 60 a 350 do PAF - R\$669.040,42;

02. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Consta, no campo da descrição dos fatos, que a falta de recolhimento do ICMS antecipado foi “apurado através de vias de notas fiscais retidas nos Postos Fiscais e constante no CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), conforme demonstrativo de Auditoria de Falta de Registro de Notas Fiscais” juntados às fls. 13 a 21 e cópias das notas fiscais juntadas às fls. 60 a 350 do PAF - R\$118.594,84;

03. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas. Consta, no campo da descrição dos fatos, que a omissão foi apurada através “de vias de notas fiscais enviadas pelos Fornecedores”, conforme demonstrativos juntados às fls. 351 a 384, constante do SINTEGRA, cujos demonstrativos foram acostados às fls. 22 a 23 - R\$149.820,85;

04. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Consta, no campo da descrição dos fatos, que a falta de recolhimento do ICMS antecipado foi “apurado através de vias de notas fiscais enviadas pelos Fornecedores, e constante no SINTEGRA, conforme demonstrativo de Auditoria de Falta de Registro de Notas Fiscais” juntados às fls. 22 a 23 e cópias das notas fiscais juntadas às fls. 351 a 384 do PAF - R\$355.317,15.

05. Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Consta, no campo da descrição dos fatos, que o recolhimento a menor do ICMS por antecipação decorreu “da aplicação de MVA de aquisições de atacado em aquisições de mercadorias na indústria, conforme Anexo 88 do RICMS/BA e demonstrativo de Antecipação Tributária Calculada a Menor, juntados às fls. 24 a 38 e cópias das notas fiscais juntadas às fls. 385 a 389 e Relatório do ICMS Substituído na Fronteira fornecido pela empresa (fls. 820 a 978) - R\$470.832,20.

06. 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. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se da falta de antecipação tributária sobre as aquisições de Calçados em outras unidades da Federação, conforme demonstrativos (fls. 39 a 54) e Notas Fiscais de aquisições (fls. 979 a 987) - R\$248.766,30;

07. Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a bem do ativo imobilizado, cuja entrada no estabelecimento ocorreu até 31/12/2000, sendo utilizado na prestação de serviço ou na comercialização, de mercadorias cujas prestações ou operações de saídas estejam isentas ou não tributadas, conforme Demonstrativo de Auditoria de Crédito Imobilizado - CIAP (fls. 55 a 59), no período de novembro/04 a maio/05 - R\$9.464,07.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 990 a 1009, por seu representante devidamente constituído (fl. 1010), inicialmente discorre sobre a tempestividade da defesa e suscita a nulidade da autuação nos termos do art. 18, IV e 39, III do RPAF/99, sob a alegação de que o lançamento fiscal não contém os elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator e também, pela falta de clareza e precisão em relação à descrição dos fatos geradores e constituição da base de cálculo. Afirma que não há nos autos a comprovação das entradas no estabelecimento das mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto das infrações 01, 02, 03 e 04, elencadas nos demonstrativos de Auditoria de Falta de Registro de Notas Fiscais.

Quanto à infração 06, da aplicação de multa pela falta de antecipação tributária do ICMS relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, que deu tratamento normal, afirma que não restou comprovada a tributação normal das mercadorias na operação de saída, nos termos do art. 42, II, "d" e § 1º da Lei nº 7.014/96, que transcreveu à fl. 991.

Transcreveu às fls. 991 e 992, decisões neste sentido nos julgamentos de auto de infrações lavrados pelo fisco pernambucano, cujas cópias foram juntadas às fls. 1030 a 1035.

Afirma que o lançamento deve se fazer acompanhar de provas por quem acusa, cita decisão neste sentido do TRF/RJ, cujo relator foi o Juiz Frederico Gueiros (fl. 992) e transcreveu trecho publicado de autoria do professor Paulo Celso B. Bonilha e Ives Gandra da Silva Martins, acerca de que o fisco deve provar o que o que é alegado nos termos do art. 142 do CTN. Diz que a jurisprudência é pacífica nos tribunais superiores, no sentido da prova do lançamento tributário e transcreveu às fls. 992 e 993 decisões prolatadas pelo STJ e TRF.

Assevera que o fato de ser obrigação da administração tributária adequar o lançamento à norma existente, o autuante no presente lançamento não produziu as provas necessárias em relação:

- a) infrações 1, 2, 3, e 4 - não comprova a entrada efetiva no estabelecimento autuado da entrada das mercadorias objeto da autuação, que afirma não ter ocorrido;
- b) infração 6, não comprova que ocorreu o recolhimento nas operações posteriores.

Diz que os demonstrativos juntados ao Auto de Infração não esclarece e não prova nada, tendo em vista que as notas fiscais de saída do estabelecimento de origem não comprova entrada no estabelecimento destinatário (autuado). Alega que o RICMS/BA, não obriga o registro na escrita fiscal/contábil de mercadorias que lhe são destinadas, mas que retornou sem que entrasse no estabelecimento (art. 654) e sim, o estabelecimento de origem a registrar o retorno. Transcreveu à fl. 993 os Acórdãos 045/99 e 0196/99, cujas decisões foram pela nulidade das autuações.

Pediu a nulidade da autuação também, em razão do cerceamento do direito de defesa, por entender que o "Auto de Infração foi lavrado sem provas em relação às infrações 01, 02, 03, 04 e 06, deixando de considerar dados objetivos, presentes nos documentos fiscais".

Afirma que em relação às quatro primeiras infrações, fica prejudicada a defesa, posto que não depende dele para produzir provas negativas, de que não houve entrada de mercadorias. Diz que,

está entrando em contato com os seus fornecedores para obter a documentação probante, mas que não tem poder de polícia o que pode não comprovar o retorno de todas notas fiscais.

Com relação às infrações 5 e 7, alega que "os cálculos fornecidos pela Empresa não são claros" o que dificulta uma análise e verificação da correção dos cálculos. Transcreve à fl. 994, a decisão contida no Acórdão nº 2027/00 da 1ª JJE, que julgou nulo o Auto de Infração por incerteza da liquidez do lançamento, nos termos do art. 2º e 18, II do RPAF/99, que transcreveu à fl. 995.

Afirma que o a autuação deve ser declarada nula, por ausência de provas e pelo cerceamento do seu direito de defesa.

No mérito, inicialmente discorre sobre as infrações e diz que o Auto de Infração exige ICMS em duplicidade, tendo em vista que na infração 1, exige imposto relativo à omissão de saída de mercadorias decorrente do não registro das notas fiscais de entrada e ao mesmo tempo exige ICMS antecipado na infração 2. Alega que o mesmo ocorre com as infrações 3 e 4, cujas notas fiscais foram computadas nas duas autuações, conforme documentos juntados ao processo (fls. 1036 a 1045).

Alega que a legislação tributária veda a exigência do ICMS em duplicidade e transcreveu à fl. 997 os art. 915, § 1º do RICMS/BA e art. 42, § 1º da Lei 7.014/96, para reforçar que não se pode exigir ao mesmo tempo o imposto antecipado e o normal, conforme apontado nas infrações 2 e 4 e 1 e 3.

No que se refere às infrações 3 e 4, afirma que o autuante apenas se limitou a acusar a empresa de não ter registrado a entrada de mercadorias na escrita fiscal, sem que tivesse analisado no período de janeiro a dezembro de 2003, o cancelamento das notas fiscais que não deram entradas no estabelecimento, por não ter sido compradas ou que retornaram em desacordo com o pedido e que não estava obrigado a registrar estas operações no seu livro de Registro de Entrada de Mercadorias (art. 229, VI e 636, II, b do RICMS/BA).

Esclarece que na cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95, é dever do emitente informar ao fisco em arquivo magnético a operação que por qualquer motivo a mercadoria não for entregue ao destinatário e não pode transferir para a defendente a obrigação de comprovar retorno de mercadorias que não deram entradas no seu estabelecimento. Diz que para comprovar se ocorreu a entrada bastava analisar os seus livros fiscais e contábeis (Inventário, Entrada, Saída, Diário), mas os autuantes comodamente se basearam em informações do relatório de fronteira e do Sintegra, que no seu entendimento não provam a entrada da mercadoria no seu estabelecimento.

Questiona de quem é a atribuição de fiscalizar e diz que cabe ao fisco obter junto aos fornecedores a comprovação do retorno das mercadorias e que para demonstrar a boa-fé, junta às fls. 1050 a 1193, diversos documentos que comprovam o retorno de algumas notas fiscais. Afirma que não é justo ser punida para provar infração que não cometeu e pede que as infrações 01, 02, 03 e 04 sejam julgadas improcedentes.

Quanto à infração 5, recolhimento do ICMS a menor por antecipação, diz que o art. 155 da CF 88 remete para a Lei Complementar dispor sobre a substituição tributária e que a base de cálculo é fixada no art. 8º da LC 87/96, que transcreveu às fls. 992 a 1000.

Afirma que a citada Lei estabelece que a "base de cálculo será o somatório do valor da operação, mais encargos e margem de agregação fixada relativamente às operações prestações subsequentes" tendo em vista sempre o preço praticado na operação seguinte e que autuando no ramo varejista de supermercado realiza vendas diretas para o consumidor e que deve antecipar o imposto relativo à última operação de circulação da mercadoria, "independente se adquire a mercadoria no atacado ou na indústria" e que entende ser correta a aplicação da margem de agregação de atacado que antecipa uma operação e não da indústria que antecipa duas operações.

Esclarece que não está questionando o regime de substituição tributária, mas sim a imposição arbitrária do fisco de querer obrigá-lo a antecipar o imposto de duas fases quando o correto no seu entendimento seria de uma, mesmo porque em alguns casos adquire de importadores, que não são contribuintes do IPI, mas são equiparados a indústria por força da legislação tributária e que a antecipação tributária se dá em uma única fase, porque vende sempre ao consumidor final.

Pelas razões expostas, pede que esta infração seja julgada improcedente.

Quanto à infração 06, multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, esclarece que se tratam de aquisições de calçados e que deve ser desconstituída pelos seguintes motivos:

- a) ausência de provas de que foi tributada na saída (nulo);
- b) não causou nenhum prejuízo ao fisco, "... uma vez que a antecipação foi paga antes de qualquer autuação a respeito, conforme comprovantes de pagamento em anexo (doc. 7)".

Afirma que mesmo que não tivesse feito antecipação do ICMS, o imposto teria sido pago no conta corrente normal (período de 04/04 a 09/05) e que é absurda a aplicação de uma multa de 60%. Diz que a infração está baseada em indícios e que carece de provas de acordo com o princípio da legalidade que protege o contribuinte. Transcreve trecho de publicações de doutrinadores (Ives Gandra e Paulo Barros) acerca do princípio da legalidade e que a infração deve ser julgada improcedente por ausência de provas.

Alega que a multa e juros deve ser dispensada quando o contribuinte recolher espontaneamente o imposto antes de qualquer procedimento administrativo. Transcreve diversas decisões do STJ (fl. 1003), nas quais foram julgadas improcedentes a exigência do imposto nos casos em que "há denúncia espontânea quando o recolhimento do tributo é feito antes de qualquer procedimento administrativo...", nos termos do art. 138 do CTN. Pede a improcedência da infração.

Em relação à infração 7, falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a bem do ativo imobilizado (entrada antes de 2000), diz que é nula e improcedente pelos seguintes motivos:

- a) que a exigência do crédito tributário decaiu por se tratar de entrada de bem até 31/12/00 e que sendo o ICMS um imposto com lançamento por homologação, extinguiu a faculdade da fazenda pública constituir o crédito tributário nos termos do art. 150, § 4º e 156, V e VII do CTN;
- b) por conta da aplicação ilegal e inconstitucional da taxa SELIC;
- c) pela aplicação da multa exorbitante.

Ainda quanto à taxa SELIC, diz que o art. 161, § 1º do CTN estabelece que os juros de mora não podem ultrapassar o percentual de 1% ao mês e sendo norma hierarquicamente superior a Lei Ordinária nº 9.065/95 que criou a referida taxa e no seu entendimento é ilegal a aplicação da taxa SELIC.

Apresentou à fl. 1005, um quadro comparativo da evolução dos percentuais do INPC, IPC-Fipe e SELIC para demonstrar que em todos exercícios a mesma ultrapassou o limite de 1% ao mês, enquanto os demais índices estão abaixo desse patamar. Alega que isso constitui uma forma indireta de aumento do tributo e que a taxa SELIC não pode ser aplicada nas relações tributárias, por alterar o sentido jurídico de juros de mora.

Quanto às multas aplicadas de 60% e 70%, afirma que são confiscatórias e que diversas decisões de tribunais superiores firmaram o entendimento de que as multas moratórias não devem ultrapassar o percentual de 20%. Transcreveu diversas decisões (fl. 2007) do TRF de diversos Estados, pela redução da multa em observância ao princípio da vedação do confisco.

Afirma que o art. 112 do CTN estabelece penalidades gradativas e que deve ser levado em conta o benefício da dúvida em relação à norma jurídica mais favorável ao contribuinte.

Por fim, requer que seja anulada a autuação por falta de clareza, precisão e ausência de provas e se vencida as preliminares suscitadas, que seja julgado improcedente pelos argumentos defensivos apresentados. Requer que seja observado o previsto no art. 112 do CTN, da dúvida benígna e protesta pelo direito de juntada posterior de provas por todos os meios admitidos em direito, inclusive perícia e diligência para elucidar as dúvidas inerentes ao Auto de Infração.

Formulou alguns quesitos (fl. 1009) que requer que sejam respondidas em caso de deferimento da perícia requisitada.

Os autuantes, na informação fiscal prestada (fls. 1196 a 1207), inicialmente discorrem sobre as infrações, tempestividade da defesa, alegações defensivas e nulidade pretendida.

Quanto à alegação defensiva de que o Auto de Infração foi lavrado com falta de clareza e precisão, dizem que tais alegações "não podem prosperar uma vez que todo o procedimento fiscal está totalmente respaldado na Legislação do ICMS/BA e acompanhado de todas as provas materiais das infrações levantadas conforme documentos anexados ao PAF fls. 13 a 987".

Quanto à nulidade pretendida sob alegação de falta de provas e cerceamento do direito de defesa, afirmam que não podem prosperar tendo em vista que a autuação faz se acompanhar de provas objetivas presentes nos documentos fiscais.

No mérito, no que se refere à alegação defensiva de que ocorreu cobrança em duplicidade de ICMS em relação às infrações 1 e 3 e 2 e 4, dizem que é equivocada tal alegação, tendo em vista que nas infrações 1 e 3, foi exigido imposto a título de presunção relativo a omissão de saídas anteriores sem o pagamento do imposto, enquanto nas infrações 2 e 4 foi exigido imposto pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por Substituição, referente às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativos juntados às fls. 13 a 23 e 79 a 311.

Afirmam que com base nos relatórios do CFAMT e SINTEGRA, foram selecionadas as notas fiscais cujas cópias foram juntadas ao PAF (fl. 60 a 384), que não foram escrituradas nos livros próprios, e que foram entregues ao autuado as cópias das notas fiscais junto com os demonstrativos correspondentes.

Ressaltam que todas as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos contém dados cadastrais do estabelecimento autuado e que caso não houvesse o recebimento da mercadoria pelo destinatário, caberia a ele apresentar as provas disponíveis para comprovar tal fato. Dizem que durante a ação fiscal, solicitou do autuado a apresentar provas de que as mercadorias que lhes foram destinadas não deram entrada no estabelecimento (fls. 13 a 23), o que não foi feito, só tendo apresentado alguns documentos que comprovam o retorno de mercadorias de algumas notas fiscais (fls. 1050 a 1193) relativas a coletas no CFAMT (fl. 13 a 21). Afirmam que após análise dos documentos apresentados na defesa:

- 1) Não acataram as notas fiscais de nº 655724; 100677; 62091; 62092; 136993; 13627; 14339; 112343; 145766; 100914; 237456; 225826; 97631; 372117; 417902; 11684 (fls. 957 a 1187), tendo em vista que não se fizeram acompanhar das provas de que as mercadorias foram devolvidas e registradas no Livro de Registro de Entrada de Mercadorias dos remetentes;
- 2) Refizeram o demonstrativo de débito, que deduzindo as notas fiscais acatadas, resultou em redução do valor de R\$669.040,42 para R\$601.977,40 da infração 1 e de R\$118.594,84 para R\$107.483,34 da infração 2, conforme demonstrativos acostados às fls. 1208 a 1216.

No tocante à infração 5, afirmam que é equivocada a alegação defensiva de que a MVA deve ser adotada com base no preço praticado da operação seguinte, tendo em vista que a legislação estabelece MVAs diferenciadas para aquisições em estabelecimentos industriais e comerciais (art. 61, II, "a" do RICMS/BA) e que nos casos de importação a legislação equipara a estabelecimento industrial e que também deve ser calculado o ICMS por antecipação utilizando MVA prevista para a indústria.

Em relação à infração 6, alegam que o autuado tenta descaracterizar a infração alegando ausência de provas de que a saída foi tributada, mas que na defesa apresentada o autuado alegou que a antecipação foi paga antes da ação fiscal, mas não anexou nenhuma prova neste sentido. Dizem que o autuado também alegou que "mesmo que não tivesse feito a antecipação teria pago o ICMS devido na realização do conta corrente".

Afirmam que a multa aplicada de 60% está de acordo com a legislação e que foi efetuada em função de que a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária ter sido tributada pelo regime normal de apuração do ICMS.

Quanto à infração 7, refutam a alegação defensiva de que houve decadência do ICMS exigido, haja vista que o art. 150, § 4º do CTN, prevê que a decadência começa a contar prazo a partir da ocorrência do fato gerador quando a lei não fixar prazo à homologação e que não se aplica ao ICMS, tendo em vista que a o art. 28, § 1º da Lei nº 3.956 (COTEB/BA) estabelece prazo para extinção do direito de constituir o crédito tributário, cuja regra é repetida no art. 90 do RICMS/BA.

Ressaltam que o art. 100, §§ 9º a 12 do RICMS/BA, determina a obrigatoriedade do estorno do crédito proporcional às saídas de mercadorias isentas e não tributadas em relação as saídas totais, relativo ao crédito fiscal de bens do ativo imobilizado.

Quanto às alegações defensivas da inaplicabilidade da taxa SELIC e percentuais das multas de 60% e 70%, dizem que não se incluem na sua competência discutir a inconstitucionalidade da legislação estadual e que as multas são previstas na Lei nº 7.014/96.

Em relação à pretensão do autuado da aplicação da regra prevista no art. 112 do CTN, afirmam que as infrações levantadas estão comprovadas e respaldadas em documentos anexos ao PAF e que não se estabeleceu dúvidas que implicasse no princípio invocado pelo autuado.

Por fim, citam os Acórdãos JJF 0284-02/04; 0288-02/04 e 0407-04/4 que tiveram recursos voluntários não providos conforme Acórdãos CJF 0372-12/04; 0457-11/04 e 077-12/05, além das decisões em primeira instância contidas nos Acórdãos JJF 0160-01/05 e 0113-02/05, em matérias idênticas a da presente autuação.

Quanto às infrações 6 e 7, afirmam que em defesa anteriores o autuado reconheceu e pagou o imposto exigido, conforme descrito no Acórdão JJF 0113-02/05 e que não há o que se discutir. Pedem a procedência da autuação.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada pelos autuantes, conforme documento juntado à fl. 1217.

O autuado manifestou-se conforme documento juntado às fls. 1219 e 1220, dizendo que mantém todos os termos e documentos acostados à defesa inicial.

Com relação à alegação dos autuantes de que em outra autuação reconheceu infrações idênticas às de nº 6 e 7 deste Auto de Infração, afirma que isso reforça a boa fé do autuado que tem por hábito pagar os tributos exigidos mediante autuação que são realmente devidos, o que não é o caso da presente autuação.

Diz que, para comprovar a verdade de suas alegações em relação às infrações 1, 2, 3 e 4, em prol de um bom relacionamento com o Fisco, junta mais documentos angariados dos seus

fornecedores, conforme doc. 1 e doc. 2 (fls. 1221 a 1378), e na ausência do documento, uma declaração do fornecedor confirmando que a mercadoria não foi recebida pelo defendente.

Ressalta que as infrações acima citadas, decorreram de suposições de que mercadorias entraram no seu estabelecimento sem o devido registro e sem pagamento de imposto antecipado e que a saída do estabelecimento emitente não comprova a entrada no estabelecimento da defendente, além de ser coagido a produzir provas negativas junto a terceiros.

Salienta também que o ICMS está sendo exigido em duplicidade, tanto pela antecipação nas entradas, como o imposto normal devido nas saídas. Esclarece que pela impossibilidade de tomar vista ao PAF, pode ocorrer ter juntado documentos que já tenha sido feito anteriormente junto com a defesa. Pede a improcedência da autuação.

Esta JJF decidiu converter o PAF em diligência (fl. 1383), para que os autuantes se pronunciassem acerca dos documentos juntados aos autos pelo autuado.

Os autuantes se manifestaram às fls. 1385 a 1387, e após a apreciação dos documentos juntados pelo autuado na defesa, relacionaram diversas notas fiscais e fornecedores (fl. 1385), que reconhecem como comprovado os retornos de mercadorias aos seus respectivos remetentes. Refizeram o levantamento fiscal original e apresentaram novos demonstrativos, o que resultou em diminuição do valor da infração 1, de R\$601.977,40 para R\$449.074,99 e a infração 2, do valor de R\$107.483,34 para R\$76.783,36, o que reduziu o valor total do Auto de Infração de R\$1.943.661,31 para R\$1.760.058,92.

Alegam que não acataram as notas fiscais de nº 143705, 141570, 173677, 173676 da Brastemp Amazônia S/A, 15039 da BCH Continental Eletrodoméstico Ltda, 76627 da Friboi, 43198, 43200 da NPAP Alimentos Ltda e 336319, 336320 e 336406 da Reckitt Benckiser Ltda, cujas cópias foram apresentadas às fls. 1233 a 1346, por não estarem acompanhadas das provas exigidas no RICMS/BA.

Destacam que as notas fiscais de nº 930118, 958481, 958476, 942401, 248388 da Grendene Calçados S/A e nota fiscal de nº 87963 da Papaiz Nordeste Ind e Com. Ltda (fls. 1252 a 1330), já foram apresentadas junto com as Razões de Defesa e acatadas na informação fiscal.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 1397), tendo o autuado se manifestado às fls.1399 a 1401. Inicialmente reforçou o pedido de nulidade, por ausência de prova e cerceamento de defesa, conforme a defesa inicial.

Diz que as duas diligências anteriores desconstituem parte do crédito tributário, mesmo assim, junta ao PAF mais documentos angariados dos fornecedores, emitentes de notas fiscais, objeto das infrações 1 a 4, para provar que as mercadorias não entraram no estabelecimento e pede a improcedência destas infrações.

Quanto à infração 5, reafirma o argumento inicial de que ao adquirir mercadorias do ramo de atacado, atua no varejo e revende direto para o consumidor final e que no seu entendimento procedeu corretamente ao adicionar a MVA do varejo, que se coaduna com a margem de lucro suportada diretamente pelo consumidor final. Pede a improcedência também da infração.

Em relação à infração 6, diz que deve ser decretada nula, tendo em vista que não ficou provado que as mercadorias saíram tributadas e que não houve prejuízo ao fisco, haja vista que “a antecipação foi paga antes de qualquer autuação”.

No que se refere à infração 7, relativa a falta de estorno de bem do ativo imobilizado, alega que deve ser julgada nula, por ter decaído, visto que a entrada no estabelecimento ocorreu até 31/12/00.

Finaliza, ratificando o pedido de nulidade e improcedência pedido na defesa inicial e requer perícia e diligência, bem como o direito de juntada de provas admitidas em direito.

Os autuantes foram cientificados da manifestação do contribuinte e não se pronunciaram (fl. 1622).

Esta JJF decidiu converter o PAF em diligência, para que os autuantes se manifestassem em relação aos documentos juntados às fls. 1399 a 1621 (fl. 1626).

Os autuantes se manifestaram às fls. 1629 a 1631, e relacionaram diversas notas fiscais que foram acatadas, mesmo que não estivessem autenticadas pelo fisco, mas constando os motivos da devolução.

Refizeram o levantamento fiscal original e apresentaram novos demonstrativos, o que resultou em diminuição do valor da infração 1, de R\$449.074,99 para R\$386.075,36 e a infração 2, do valor de R\$76.783,36 para R\$74.484,90, o que reduziu o valor total do Auto de Infração de R\$1.760.058,92 para R\$1.694.760,83.

Ressaltam que não acataram as notas fiscais de nº 173677, 173676 da Brastemp Amazônia S/A, 76627 da Friboi, 336406 da Reckitt Benckiser Ltda, cujas cópias foram apresentadas às fls. 1620, 1612, 1610, 1614, por não estarem acompanhadas das provas exigidas no RICMS/BA.

As notas fiscais de nº 445584 e 457733, da M. Agostini; 297908 e 305330 da Reckitt Benckiser Ltda. e 97180 da Brinox Metarlugia Ltda (fls. 1431, 1420, 1423, 1426, e 1598 do PAF, já foram apresentadas pela autuado e acatadas na informação fiscal (1385 a 1390).

Salienta que a NF 219453 da Barrinhas Comércio e Importação de Bebidas e Cereais Ltda, emitida em 03/06/03, não foi lançada neste Auto de Infração, e que os documentos ora apresentados não estão relacionados com as infrações 3 e 4.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal (fl. 1644), tendo o autuado se manifestado às fls. 1646 a 1648, reiterando o pedido de nulidade da autuação, com os mesmos argumentos apresentados na defesa inicial.

Quanto às infrações 1 a 4, afirmou que sem qualquer motivo os autuantes não acataram as notas fiscais de nº 173677, 173676, 76627, 336310, 336320 e 4000 emitidas pela Brastemp, Friboi, e Reckitt Benckiser, “comprovando o retorno das mercadorias, porque não estavam acompanhadas das notas fiscais de entrada das respectivas empresas fornecedoras, alegando que estavam acompanhadas somente de documentos emitido pela Suplicante, explicando o não recebimento dos produtos listados nas mencionadas notas fiscais”. Questiona, se a nota fiscal de retorno do fornecedor é ou não é um documento? E se é um documento válido para comprovar devoluções, a não aceitação pela fiscalização caracteriza como um excesso de formalismo, diante da dificuldade que ele tem de entrar em contato com os fornecedores, para enviar as notas fiscais de entrada correspondente às devoluções.

Diz que junta novos documentos angariados junto a fornecedores às fls. 1649 a 1685, para tentar provar que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, referente às infrações 1 a 4.

Repetiu os mesmos argumentos apresentados na defesa inicial, relativo às infrações 5, 6 e 7 e pediu a nulidade ou improcedência da autuação, tendo inclusive renovado o pedido de perícia e diligência, nos termos do pedido inicial.

VOTO

Apreciando as colocações da defesa, e após a realização das diversas diligências, por determinação desta JJF, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, deixo de acatar as seguintes preliminares de nulidades suscitadas:

Quanto à alegação de que falta clareza e precisão do lançamento, não acato tendo em vista que os demonstrativos juntados ao processo (fls. 13 a 59) pelos autuantes, evidenciam que o contribuinte foi acusado de não registrar nos livros próprios, as notas fiscais relativas a operações de compras de mercadorias. Tanto a acusação fiscal é clara e precisa que o impugnante se defendeu e apresentou demonstrativos comprovando que parte das mercadorias foram devolvidas ou que apesar de ter sido faturada pelos seus fornecedores, não haviam sido entregues ao destinatário.

No que se refere à alegação de que o Auto de Infração não contém os elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator, também não pode ser acatada, haja vista que os demonstrativos elaborados pelos autuantes, que respaldam a autuação, foram elaborados com base nos arquivos magnéticos do próprio contribuinte e em documentos fiscais coletados no trânsito de mercadorias, relativo ao estabelecimento autuado, cujas cópias lhe foram entregues, e o mesmo sabe tanto do que está sendo acusado que se defendeu, trazendo provas ao processo.

Quanto à nulidade suscitada em relação à infração 06, de que não restou comprovada a tributação normal das mercadorias na operação de saída, verifico que os autuantes acostaram ao processo, os demonstrativos às fls. 39 a 54, nos quais foram relacionadas às notas fiscais consignando aquisições de “calçados”. Sendo tais mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o ICMS substituto deveria ter sido recolhido por antecipação. Conforme evidenciado nos mencionados demonstrativos, foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, haja vista não ter sido feito à antecipação tributária, conforme previsto na legislação, porque o estabelecimento autuado apurou e recolheu o imposto daquelas mercadorias sob o regime normal de apuração. Caberia ao defendente, juntar ao processo os documentos fiscais que acobertaram as saídas da referida mercadoria, para descaracterizar a infração, neste caso, não lhe seria mais benéfico, visto que restaria devido o imposto antecipado, acrescido de multa. Como estas provas não foram trazidas ao processo deixo de acatar tal alegação.

Quanto à nulidade pretendida em relação à infração 7, sob argumento de que o crédito tributário decaiu por se tratar de entrada de bem até 31/12/00, nos termos do art. 150, § 4º e 156, V e VII do CTN, também não pode ser acolhida, tendo em vista que o lançamento fiscal foi realizado em 30/06/05, com ciência ao autuado em 05/07/05.

O art. 173, I do CTN, incorporado ao RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

“Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

1 - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos aos exercícios de 2004 e 2005, ou seja, os fatos geradores se referem à obrigatoriedade de efetuar o estorno de crédito proporcional às saídas de mercadorias isentas e não tributadas em relação às saídas totais (art. 100, §§ 9º a 12), ocorreram entre o período de 01/01/04 a 31/12/05 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2010.

Assim, rejeito as preliminares de nulidade argüidas, por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

Consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligência fiscal.

No mérito, o Auto de Infração trata de diversas infrações, relativas à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas (infrações 1 e 3) [CFAMT e SINTEGRA]; falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária (infração 2); falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 [SINTEGRA] (infração 4); recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da MVA (infração 5); multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, com saída posterior tributada normalmente [calçados] (infração 6) e pela falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo à bem do ativo imobilizado utilizado na comercialização de mercadorias isentas (infração 7).

No mérito, em relação às infrações 1 a 4, o autuado apresentou as seguintes alegações defensivas:

- a) que o ICMS está sendo exigido em duplicidade, tendo em vista que a primeira infração exige imposto relativo à omissão de saída de mercadorias decorrente do não registro de notas fiscais de entrada e que em relação aos mesmos documentos fiscais foi exigido o ICMS por antecipação na segunda infração. Alega também, que o mesmo ocorre com as infrações 3 e 4;
- b) que a legislação tributária veda a exigência do ICMS em duplicidade, ao teor do disposto nos art. 915, § 1º do RICMS/BA e art. 42, § 1º da Lei 7.014/96;
- c) que os autuantes, em relação às infrações 03 e 04, limitaram-se a acusar a empresa de não ter registrado a entrada de mercadorias na escrita fiscal, sem que analisassem no período fiscalizado, o cancelamento das notas fiscais e devoluções que não deram entradas no estabelecimento, por não ter sido comprada ou que retornaram em desacordo com o pedido. Ressaltou que não estava obrigado a registrar estas operações no seu livro de Registro de Entrada de Mercadorias (art. 229, VI e 636, II, b do RICMS/BA e Cláusula oitava do Convênio ICMS 57/95), tendo juntado ao processo diversos documentos para tentar comprovar o retorno de mercadorias relacionadas em notas fiscais (fls. 1050 a 1193).

Quanto à primeira alegação, verifico que pela análise dos demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 13 a 21, que foi exigido ICMS a título de presunção de omissão de saídas anteriores relativo às infrações 1 e 3, pela falta de registro das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT e no SINTEGRA e em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, constantes das mesmas notas fiscais, foi exigido ICMS por antecipação (infrações 2 e 4). Tomando como exemplo o demonstrativo da fl. 13, verifico que foi exigido ICMS relativo às mercadorias consignadas nas diversas notas fiscais não escrituradas e, também o imposto por antecipação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (carne suína e balas), relativo às notas fiscais de nº 135155 e 21732 (fls. 71 e 80).

Quanto à alegação de que o imposto está sendo exigido em duplicidade, verifico que a acusação contida na Auto de Infração é de que a empresa deixou de registrar as notas fiscais coletadas no CFAMT (infração 1) e no SINTEGRA (infração 3) "... caracterizadas por Notas Fiscais não lançadas no livro de Registro de Entradas de Mercadorias". Observo que o entendimento prevalentes nas decisões do CONSEF é de que: deve ser exigido o ICMS a título de presunção de omissão de saídas anteriores, nos casos de falta de contabilização nos livros contábeis (Diário, Razão, Caixa). Na situação presente neste PAF, ficou caracterizado a falta de escrituração nos livros fiscais próprios de "... de notas fiscais não lançada no livro de Registro de Entrada de Mercadorias" retidas nos postos fiscais (CFAMT, infração 1 e SINTEGRA, infração 3), significa a falta de escrituração em livro fiscal e isso não quer dizer que as operações não foram contabilizadas. Neste caso, cabe a aplicação da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias tributáveis não registradas, conforme disposto no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96. Assim sendo, proponho que o ICMS exigido nas infrações 1 e 3 seja convertido em multa de caráter acessório, conforme prevê o art. 157 do RPAF/Ba.

Ressalto que as notas fiscais coletadas no CFAMT e SINTEGRA, foram juntadas ao PAF (fl. 60 a 384), cujas cópias foram entregue ao autuado junto com os demonstrativos correspondentes, constando nas notas fiscais os dados cadastrais do estabelecimento autuado, o que possibilitou a ele, caso não houvesse recebido as mercadorias, apresentar as provas disponíveis para comprovar tal fato. Depois de diversas diligências, tendo apresentado alguns documentos que comprovaram o retorno de mercadorias de algumas notas fiscais, foram refeitos os demonstrativos originais.

Considerando que após a última diligência, o contribuinte ao ser cientificado da informação fiscal, juntou outras notas fiscais para comprovar o não recebimento de parte das mercadorias, tomo como base o demonstrativo juntado pelo autuante às fls. 1632 a 1640, e faço a exclusão dos valores, conforme exceções itemizadas e demonstrativo abaixo:

- a) relativos às notas fiscais de n.ºs. 57980, 103941, 106236, 172851, 172850, 112343 e 110780, juntadas pelo autuado após a manifestação acerca da informação fiscal (fls. 1646 a 1648). Relativo a estas notas fiscais, foi deduzido o valor constante da nota fiscal na coluna “Base de Cálculo”, relativo a última informação fiscal prestada pelo autuantes (fls. 1632 a 1640) e indicado na coluna “Valor do Débito”, como “Apresentada”;
- b) referentes às notas fiscais relacionadas na infração 1, cujo imposto foi exigido por antecipação na infração 2, tendo em vista que a multa vinculada à obrigação principal da segunda infração, absorve a multa de caráter acessório da primeira infração, foi deduzido o valor constante da nota fiscal em que foi exigido imposto na infração 2, na coluna “Base de Cálculo” do mencionado demonstrativo, e indicado na coluna “Data Vencto” como “Antecipado”.
- c) deixo de considerar a nota fiscal de n.º 930118 com devolução pela nota fiscal de n.º 55167 da Grendene (fl.1659 e 1660), tendo em vista que já tinha sido acatada pelo autuante e não constam nos demonstrativos às fls. 1632 a 1640;
- d) Deixo de acatar as notas fiscais de n.º 173677 e 173676 da Brastemp Amazonia S/A; 76627 da Friboi Ltda e 336319, 336320 e 336406 da Reckit Benckiser Ltda, tendo em vista que não foram apresentadas as comprovações de retornos devidamente registrada nos livros de entrada dos fornecedores (fl. 1620, 1621, 1612, 1610, 1614 e 1616).

INF.	Data Ocorr.	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor/Débito	Nota Fiscal	Devolução	Fl. PAF
1			272.069,06						1632
		Antecipado	32.450,00				135155		
		Antecipado	3.235,23						
	31/01/03	09/02/03	236.383,83		10,00	23.638,38			
		Autuado/fl.1633	78.466,43						
		Krafts Foods	3.555,93				57.980	2391	1672/1673
		Mabesa LTDA	17.812,78				103.941	122.728	1653/1654
		Mabesa LTDA	10.467,95				106.236	122.729	1656/1657
	28/02/03	09/03/03	46.629,77		10,00	4.662,98			
		Autuado/fl. 1634	244.736,18						
		Antecipado	34.645,12				63.562		
		Antecipado	13.482,62				30.916		
		Antecipado	43.180,06				30.915		
	31/03/03	09/04/03	153.428,38		10,00	15.342,84			
	30/04/03	09/05/03	99.939,62		10,00	9.993,96			
		Autuado/fl.1635	514.268,05						
		Krafts Foods	32.479,80			Apresentada	172.851	4.424	1668/1667

		Krafts Foods	54.133,00			Apresentada	172.850	4.423	1669/1670
		Antecipado	40.996,80						
		Antecipado	44.000,00						
		Antecipado	8.800,00						
		Antecipado	50.577,41						
		Antecipado	44.000,00						
		Antecipado	8.800,00						
		Antecipado	5.309,26						
		Antecipado	3.051,80						
31/05/03	09/06/03		222.119,98		10,00	22.212,00			
		Autuado/fl.1636	121.177,73						
		Antecipado	14.794,08						
		Antecipado	7.722,54						
		Antecipado	4.044,00						
		Antecipado	19.584,00						
		Antecipado	19.584,00						
30/06/03	09/07/03		55.449,11		10,00	5.544,91			
		Autuado/fl.1636	97.900,82						
		Antecipado	3.151,68				110.780	4.885	1676/1675
		Krafts Foods	8.463,13			Apresentada	112.343	4.884	1677/1678
		Antecipado	3.218,40						
31/07/03	09/08/03		83.067,61		10,00	8.306,76			
		Autuado/fl. 1637	100.585,17						
		Krafts Foods	8.619,59			Apresentada	132.786	5.322	1665/1666
		Antecipado	15.549,60						
30/08/03	09/09/03		76.415,98		10,00	7.641,60			
		Autuado/fl.1638	103.176,33						
		Krafts Foods	4.759,11				145.172	5.813	1663/1662
		Antecipado	3.200,00						
		Antecipado	5.092,36						
30/09/03	09/10/03		90.124,86		10,00	9.012,49			
		Autuado/fl.1638	184.820,49						
		Antecipado	9.868,38			Apresentada	145.766	6.113	1680/1681
		Krafts Foods	6.869,11			Apresentada	157.775	6.327	1682/1683
		Antecipado	3.596,96				52.291		
		Antecipado	61.500,00						
		Antecipado	13.284,00						
31/10/03	09/11/03		89.702,04		10,00	8.970,20			
30/11/03	09/12/03		295.414,25		10,00	29.541,43			
		Autuado/fl.1640	158.477,40						
		Rckitt Benckiser	10.851,03			Apresentada	11.775	336.320	1651/1652
		Antecipado	24.070,00				117.651		
31/12/03	09/01/04		102.015,82		10,00	10.201,58			
		Total	1.550.691,25			155.069,13			

Dessa forma, considero devido multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$155.069,13 relativo à infração 1.

Quanto ao ICMS devido por antecipação relativo à infração 2, tomo como base os demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 1632 a 1640, faço a exclusão dos valores do ICMS por antecipação

relativo às notas fiscais de nº 172850, 172850, 110780 e 145766, as quais foram apresentadas junto com outros documentos às fls. 1649 a 1685, conforme demonstrativo abaixo:

INF.	Data Ocorr.	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor/Débito	Nota Fiscal	Devolução	Fl. PAF
2	31/01/03	09/02/03	29.812,35	17,00	60,00	5.068,10			
	31/03/03	09/04/03	56.612,00	17,00	60,00	9.624,04			
		Autuado/fl.1632	166.146,59	17,00	60,00	28.244,92			
		Krafts Foods	28.949,82			4.921,47	172.851	4.424	1668/1667
		Krafts Foods	48.249,59			8.202,43	172.850	4.423	1669/1670
	31/05/03	09/06/03	88.947,18	17,00	60,00	15.121,02			
	30/06/03	09/07/03	57.166,47	17,00	60,00	9.718,30			
		Autuado/fl.1636	16.909,47	17,00	60,00	2.874,61			
		Krafts Foods	10.056,18			1.709,55	110.780	4.884	1677/1678
	31/07/03	09/08/03				1.165,06			
	30/08/03	09/09/03	16.443,71	17,00	60,00	2.795,43			
	30/09/03	09/10/03	5.945,94	17,00	60,00	1.010,81	145.766	6.113	1680/1681
		Autuado/fl. 1638	42.920,00	17,00	60,00	7.296,40			
		Krafts Foods	11.726,06			1.993,43			
	31/10/03	09/11/03				5.302,97			
	30/11/03	09/12/03	24.853,24	17,00	60,00	4.225,05			
	31/12/03	09/01/04	21.336,71	17,00	60,00	3.627,24			
	Total					57.658,02			

Com os ajustes acima procedidos, considero devido o valor de R\$57.658,02 relativo à infração 2.

Quanto às infrações 3 e 4, relativas à omissão de saída de mercadorias tributável decorrente do não lançamento no livro de Entrada de Mercadorias (infração 3) e da falta do recolhimento do ICMS por antecipação (infração 4), verifico que, o demonstrativo juntado pelos autuantes às fls. 22 e 23 e das cópias das notas fiscais coletadas no SINTEGRA (fls. 351 a 384), consta que as mesmas consignam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e o autuado não trouxe ao processo nenhuma prova de que efetuou o pagamento do ICMS por antecipação das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nos mencionados demonstrativos. Assim sendo, da mesma forma que ocorreu na primeira e segunda infrações, em se tratando de falta de registro de notas fiscais no livro de Registro de Entrada de Mercadorias, a terceira infração deve ser convertido em multa de caráter acessório de 10% sobre o valor das mercadorias constantes das notas fiscais não registradas. Entretanto, considerando que o total das mercadorias constantes nas notas fiscais da infração 3, foi exigido ICMS por antecipação na infração 4, a multa decorrente da obrigação principal da quarta infração, absorve a multa de caráter acessório da terceira infração.

Pelo acima exposto, julgo improcedente a infração 3 e totalmente procedente a infração 4.

Quanto à infração 5, recolhimento do ICMS a menor por antecipação, o autuado alegou que no seu entendimento a base de cálculo para calcular a antecipação do imposto, "será o somatório do valor da operação, mais encargos e margem de agregação fixada relativamente às operações prestações subseqüentes" e que praticando operações subseqüentes no varejo (supermercado) adotou o percentual de margem de valor agregado prevista regularmente para o comércio e não de indústria como quer aplicar o autuante.

O autuado não contestou o levantamento fiscal quanto à origem das mercadorias adquiridas, se em estabelecimentos industriais ou comerciais. O art. 61, II, "a" do RICMS/BA, abaixo transcrito, estabelece que:

"Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por

substituição, nas operações internas, relativamente às operações subseqüentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subseqüentes, de acordo com o percentual previsto:

a) no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;

O mencionado dispositivo legal, estabelece que para fins de antecipação do pagamento do imposto, deve ser adicionado a MVA prevista no Anexo 88, o qual indica percentuais diferenciados em função do remetente ou fornecedor ser industrial, atacadista ou importador. Portanto, de acordo com a legislação tributária, é correta a aplicação da MVA em função da condição do fornecedor e não pode ser acatado o argumento defensivo de que deva ser aplicada a MVA em função de vender diretamente a consumidor final, devendo ser mantida integralmente a exigência fiscal.

No que se refere à infração 06, multa de 60% sobre o imposto que deveriam ter sido pago por antecipação tributária (calçados), o autuado argumentou que não há prova nos autos de que as operações de saídas foram tributadas pelo regime normal e que não causou nenhum prejuízo ao fisco, "... uma vez que a antecipação foi paga antes de qualquer autuação a respeito, conforme comprovantes de pagamento em anexo (doc. 07)".

Quanto à primeira alegação, verifico que nos demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 39 a 54, foi calculado o imposto devido por antecipação e aplicado multa de caráter acessório, porque o contribuinte deixou de recolher o imposto por antecipação e ter apurado o ICMS destas operações (calçados) pelo regime normal. Observo que, caso fosse comprovado a não tributação pelo regime normal, caberia a exigência do imposto na forma indicada nos mencionados demonstrativos, acrescido da multa de 60%, o que agravaria a infração. Como os demonstrativos foram elaborados com base nos documentos e escrituração fiscal do próprio contribuinte, caberia a ele juntar ao processo as provas para tentar elidir a acusação e como isso não ocorreu, deixo de acatar tal alegação, mesmo porque, não seria benéfico para o contribuinte.

Em relação à segunda alegação, conforme ressaltado pelos autuantes, não encontrei nos documentos juntados com a defesa (fls. 990 a 1193), nenhum documento que comprovasse o pagamento do ICMS por antecipação relativo a calçados, no período fiscalizado e não pode ser acatado o pedido de dispensa da multa sob o argumento de foi recolhido o imposto espontaneamente antes de qualquer procedimento fiscal. Logo, tal alegação constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto, ficando mantida integralmente a exigência fiscal.

Em relação à infração 07, falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo à bem do ativo imobilizado, o autuado alegou ser improcedente pelos seguintes motivos:

a) por conta da aplicação ilegal e inconstitucional da taxa SELIC e afronta ao disposto no art. 161, § 1º do CTN, o qual estabelece que os juros de mora não podem ultrapassar o percentual de 1% ao mês.

b) pela aplicação da multa exorbitante.

Observo que o autuado não contestou os valores apurados na infração, conforme demonstrativos juntados pelos autuantes às fls. 55 a 59, conforme previstos no art. 100, §§ 9º a 12, do RICMS/BA, que determina a obrigatoriedade do estorno do de crédito proporcional às saídas de mercadorias isentas e não tributadas em relação às saídas totais, relativo ao crédito fiscal de bens do ativo imobilizado.

Quanto à atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC, este procedimento é previsto no art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Portanto é legal este procedimento. Em relação a sua pretensa inconstitucionalidade, não é pertinente a apreciação nesta instância, haja vista que, este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado, nos termos do art. 167 do RPAF/BA.

Quanto aos argumentos defensivos de que as multas aplicadas são exorbitantes e confiscatórias, verifico que a multa aplicada nesta infração é prevista no art. 42, VI, “b” da Lei nº 7.014/96 e é legal, sendo correta a sua aplicação.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo:

Infração	Julgamento	Valor	Multa Fixa
1	Procedente em parte		155.069,13
2	Procedente em parte	57.658,02	
3	Improcedente		
4	Procedente	355.317,15	
5	Procedente	470.832,20	
6	Procedente		248.766,30
7	Procedente	9.464,07	
Total		893.271,44	403.835,43

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207494.0001/05-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$893.271,44** acrescido da multa de 70% sobre R\$57.658,02 e 60% sobre R\$835.613,42 previstas no art. 42 inciso II, “a”, “d”; III e VII, “b” da Lei nº 7.014/96 além da multa no valor de **R\$403.835,43** previstas no art. 42, IX e II, “d” e § 1º da citada Lei e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, .

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA