

A. I. N° - 298743.0010/04-8
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA S/A
AUTUANTES - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA e CARLOS AUGUSTO PAUL CRUZ
ORIGEM - SAT/DAT NORTE/COFEP
INTERNET - 08.06.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0185-02/06

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, e de informações dos fornecedores em arquivos magnéticos, e servem como elemento 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 acatado o pedido de revisão fiscal, e não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/12/2004, e reclama o 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.

O sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 242 a 254, inicialmente salienta a tempestividade de sua impugnação, e argüi a nulidade do lançamento dos 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, destacando que a prova deve ser produzida pelo fisco conforme previsto no artigo 142, do CTN. Sobre esta questão, transcreveu a jurisprudência no âmbito do judiciário e lições de tributarista, e também o posicionamento do CONSEF em processos que foram julgados nulos por cerceamento de defesa e por impossibilidade de determinação com segurança da infração.

Como outra preliminar, e desta feita com base no artigo 18, inciso II, do RPAF/99, a pretexto de cerceamento de defesa, e com base em ensinamentos de tributarista, alegou que o Auto de Infração foi lavrado sem provas concisas 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 [03, 04, 05, 06 e 07].

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

Infração 01 – Aduz a 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 02 e 03 – Aduz que o autuante se limitou a alegar que o estabelecimento omitiu saídas tributáveis porque não escriturou a aquisição de mercadorias baseado no Relatório do CFAMT e nos arquivos magnéticos fornecidos pelos fornecedores, deixando de analisar cuidadosamente os documentos fiscais da empresa, que atestam a escrituração de algumas notas fiscais, as quais serão posteriormente apresentadas, o que foi requerido.

Diz que também não foi observado que as outras notas fiscais não foram registradas porque não deram entrada no estabelecimento em virtude do retorno ao remetente, e que a legislação tributária prevê neste caso que o estabelecimento não está obrigado a registrar no Registro de Entradas, o documento fiscal que acompanha a mercadoria rejeitada, consoante os artigos 229, VI e 636, II, “b” do RICMS/97, que prevêem o retorno da mercadoria com a mesma nota fiscal originária.

Aduz que cabe ao remetente prestar informações sobre o retorno de mercadorias não entregues, as quais são exigidas em meio magnético, nos termos da Cláusula Oitava, § 1º do Convênio ICMS nº 57/95.

Diz ainda que existem outros meios de descobrir se a mercadoria deu entrada no estabelecimento, além do Registro de Entradas, a exemplo do livro Registro de Inventário ou analisar os registros contábeis.

Acrescenta que o relatório do CFAMT e os arquivos magnéticos de saída de mercadorias de fornecedores não servem de prova que as mercadorias tenham entrada no estabelecimento, e por via de consequência de ter omitido saída de mercadorias. Pede a improcedência desses itens, salientando que parte dos valores lançados já teve sua cobrança atingida pela decadência.

Prosseguindo, o defendente fez algumas considerações sobre a origem, composição, natureza e finalidade da taxa SELIC, para aduzir sua inaplicabilidade aos créditos tributários como juros, 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. Entende ainda que a aplicação desse índice deve ficar circunscrita ao universo econômico financeiro, e não ao tributário. Assevera que a taxa SELIC não pode ser aplicada às relações tributárias, e como resulta em aumento de tributo de forma transversa, sem autorização constitucional, em desacordo com as regras instituídas, vai de encontro ao sistema jurídico tributário nacional, tornando inconstitucional a sua aplicação, frisando que esse é o entendimento do STF.

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. Citou alguns acórdãos do Egrégio Tribunal Regional Federal 5ª Região sobre esta questão.

Com esses argumentos, no mérito, considera a autuação improcedente, e requer que também seja considerado o benefício da dúvida na interpretação da norma jurídica, nos termos do artigo 112, do CTN.

Ao final, reafirma seus argumentos quanto a nulidade do Auto de Infração, ou a sua improcedência em razão dos fundamentos apresentados, e requer a juntada posterior de provas, e a realização de diligência revisora para que sejam elucidadas as dúvidas que entende existir na autuação, ressaltando em caso de deferimento de perícia, que sejam observadas as questões formuladas em seu recurso defensivo.

Na informação fiscal às fls. 377 a 379, os autuantes rebatem a alegação de decadência dos créditos tributários citados dizendo que o § 4º do artigo 150 do CTN estabelece a decadência a contar da data da ocorrência do fato gerador, se a Lei Ordinária não fixar prazo à homologação, ressaltando que o seu procedimento fiscal está respaldado no artigo 90 e 965, do RICMS/97.

Quanto ao ônus da prova, os autuantes consideraram os argumentos defensivos como protelatórios, e esclareceram que foram entregues todas as planilhas eletrônicas e cópias dos documentos, o que pode ser pesquisado junto aos funcionários Sra. Roseane ou o Sr. Adnoel.

Quanto as razões de mérito, foi observado pelos autuantes que no caso da infração 01, a empresa se limitou apenas a arguir a nulidade da infração por entender que os períodos já haviam decaído.

No tocante às infrações 02 e 03, foi esclarecido que quando a empresa entrega um arquivo magnético, nele consta toda a movimentação relativa a notas fiscais emitidas e recebidas pelo estabelecimento, e que o trabalho fiscal se resume na comparação das informações prestadas em comparação com o que foi demonstrado pela empresa em seus livros fiscais.

Esclarecem que todas as notas fiscais que serviram de base ao lançamento foram obtidas nos arquivos da SEFAZ/BA e diretamente com os fornecedores da empresa. No caso das notas fiscais coletadas pelo CFAMT, através dos postos fiscais, afirmam que todas elas foram devidamente analisadas, e não houve devolução ao remetente.

Sobre a infração 03, ressaltam que a informação foi prestada pelos próprios fornecedores, não sendo verificado que as notas fiscais anexadas aos autos haviam sido devolvidas.

Ressaltando que a autuação está de acordo com as normas que regem o RICMS/BA, e que a defesa está prejudicada por falta de provas, mantém a procedência do Auto de Infração.

Considerando que não constavam nos autos a comprovação da entrega ao sujeito passivo dos demonstrativos e documentos que instruem as infrações, o processo foi baixado em diligência na pauta suplementar do dia 30/06/2005, para que a Infaz de origem providenciasse a entrega, sob recibo, dos seguintes documentos: 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) e DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS OBTIDAS MEDIANTE CRUZAMENTO DE INFORMAÇÕES COM OS FORNECEDORES E NÃO ESCRITURADAS (fls. 37 a 48), de modo a evitar futura alegação de cerceamento de defesa.

Conforme intimação constante à fl. 285, foram entregues ao autuado os documentos acima, e foi reaberto o prazo de defesa por trinta dias, tendo o autuado apresentado nova impugnação ao lançamento, com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Reiterou a preliminar de decadência dos fatos geradores correspondentes ao período de janeiro a dezembro de 1999, citando a jurisprudência no âmbito do STJ, e a preliminar de falta clareza e precisão do Auto de Infração, sob alegação de que o mesmo não contém os elementos suficientes para a determinação exata da infração e do infrator, e por está em desacordo com o artigo 39, inciso III do citado Regulamento por falta de provas.

Também repetiu seus argumentos anteriores quanto ao ônus da prova, destacando que a prova deve ser produzida pelo fisco conforme previsto no artigo 142, do CTN, inclusive apontou e transcreveu a jurisprudência no âmbito do judiciário e lições de tributarista, e também o posicionamento do CONSEF em processos que foram julgados nulos por cerceamento de defesa e por impossibilidade de determinação com segurança da infração.

Ainda em preliminar, argüiu o cerceamento de defesa com base na alegação de que o Auto de Infração foi lavrado sem provas concisas e com descrição falha, deixando de considerar dados objetivos presentes nos documentos fiscais, ressaltando que ficou prejudicada sua defesa, pois ficou impossibilitado de produzir provas negativas, ou seja, de que não teria como provar que as mercadorias constantes das notas fiscais objeto das infrações 02 e 03 não entraram no estabelecimento, alegando que se tratam de retornos, situação que caberia ao estabelecimento de destino registrar esse retorno. Informou que está providenciando junto aos remetentes das mercadorias a comprovação de que houve o retorno das mercadorias, tendo juntado algumas notas fiscais e as respectivas comprovações de retorno (fls. 303 a 345).

No mérito, reiterou seus argumentos anteriores no sentido de que.

Infração 01 – É nula essa 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 02 e 03 – Diz que descabe a autuação, pois não poderia registrar no seu livro de entradas mercadorias que não deram entrada no estabelecimento, ou porque não foram compradas ou

porque retornaram por estarem em desacordo com o pedido. Aduz que não há nenhuma norma na legislação tributária que o obrigue a registrar mercadorias que não deram entrada no estabelecimento, consoante os artigos 229, VI e 636, II, “b” do RICMS/97, que prevêm o retorno da mercadoria com a mesma nota fiscal originária.

Reafirmou o seu entendimento de que cabe ao remetente prestar informações sobre o retorno de mercadorias não entregues, as quais são exigidas em meio magnético, nos termos da Cláusula Oitava, Parágrafo Primeiro do Convênio ICMS nº 57/95.

Diz ainda que existem outros meios de descobrir se a mercadoria deu entrada no estabelecimento, além do Registro de Entradas, a exemplo do livro Registro de Inventário ou analisar os registros contábeis.

Indagou: de quem é o dever de fiscalizar? De analisar todos os registros fiscais e contábeis? De constatar que as notas fiscais que constam do relatório do CFAMT poderiam ter sido recusadas e retornadas aos remetentes? e como poderia registrar as notas fiscais cujas mercadorias foram recusadas, sem ter dado entrada no estabelecimento?

Apesar desses argumentos, juntou exemplificadamente às fls. 303 a 345, documentação referente a comprovações de retorno das mercadorias obtidas até o momento.

Falou sobre inaplicabilidade da Taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia), atinente aos créditos tributários como juros, 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, reafirma seus argumentos quanto a nulidade do Auto de Infração, ou a sua improcedência em razão dos fundamentos apresentados, e requer a realização de perícia e diligência, tendo formulado os seguintes quesitos: 1) “Foi efetivamente comprovado que houve omissão de saída, alegada pelas Autoridades Lançadoras nas infrações 02 e 03? Nas infrações 02 e 03, as respectivas Notas Fiscais comprovam a efetiva entrada no Estabelecimento da Defendente? Ou apenas comprovam a saída do Estabelecimento emitente?”

Os autuantes em nova informação fiscal, informaram que a alegação defensiva quanto a decadência já foi analisada em sua informação anterior. Sobre o ônus da prova e de cerceamento de defesa, argumentou que houve clareza na descrição do fato, tanto que o autuado reconheceu os fatos geradores anteriores a dezembro de 1999 (infração 01), e apresentou algumas notas fiscais de retorno das mercadorias (infração 02) e de livro Registro de Entrada de fornecedores (infração 03).

Quanto ao registro e retorno das mercadorias, os autuantes explicaram, no caso da infração 03, que foi feito o cruzamento das informações dos arquivos magnéticos do autuado com os de seus fornecedores dentro do Estado da Bahia, para constatar se havia ocorrido ou não o retorno das mercadorias, tendo excluído algumas notas fiscais.

Com relação a infração 02, esclareceram que foi utilizado o aplicativo CFAMT da SEFAZ/BA, que controla as entradas e saídas das mercadorias dentro do Estado. Diz que para confirmar a veracidade de tais informações, foram solicitadas as notas fiscais pelos postos fiscais e anexadas aos autos. Dizem que foram consideradas todas as notas fiscais apresentadas pelo autuado, e que foi elaborada nova planilha da infração 02, conforme documentos às fls. 350 a 355.

Finalmente quanto a alegação defensiva de inaplicabilidade da Taxa SELIC, e redução da multa, os autuantes salientaram que deram estrito cumprimento às disposições legais.

Em virtude dos autuantes terem elaborado novo demonstrativo de débito, o autuado atendendo a intimação da Infaz de origem, apresentou nova defesa expondo e requerendo.

Observa que os autuantes declararam que fizeram o cruzamento de informações dos fornecedores localizados dentro do Estado e constaram que houve o retorno de mercadorias, porém, quanto aos fornecedores localizados fora do Estado não houve nenhuma diligência fiscal.

Afirma que realmente ocorreu o retorno das mercadorias aos remetentes em virtude de não corresponderem com os pedidos, e que é muito comum pessoas inescrupulosas necessitando de descontar duplicatas em bancos, emitirem de qualquer forma a nota fiscal como se tivesse efetivado a venda.

Sustenta que não tendo havido o pedido ou incompatibilidade da mercadoria pedida, é devolvida com a própria nota fiscal do remetente na forma do art. 636, II, "b", do RICMS/97, que tem base nos Protocolos ICMS 1/89 e 6/89.

Argúi a improcedência das infrações 02 e 03, com base no argumento de que a esta altura não tem como comprovar, primeiro porque a lei não obriga, e segunda porque os fornecedores não mais existem.

Aduz que o seu procedimento está em acordo com o que preceitua o art. 229, VI, do RICMS/97, que prevê o retorno da mercadoria com a mesma nota fiscal originária.

Reitera todos os fundamentos e pedidos de suas defesas anteriores.

VOTO

O Auto de Infração objeto do presente processo na infração 01 acusa o contribuinte de utilização de crédito fiscal de ICMS sobre energia elétrica, serviço de comunicação, ativo imobilizado e material de embalagem, sem ter efetuado o estorno do crédito fiscal relativo às saídas de mercadorias isentas e não tributadas no período fiscalizado. Nas infrações 02 e 03 a acusação fiscal é de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, baseada em Relatório do CFAMT relativo a notas fiscais coletadas nos postos fiscais, e de notas fiscais obtidas mediante cruzamento de informações extraídas de arquivo magnético dos fornecedores e não escrituradas nos livros fiscais.

Na defesa fiscal foi argüida a nulidade da autuação com base nas preliminares de decadência do crédito tributário relativo ao período de 01/01 a 31/12/1999; falta clareza e precisão do Auto de Infração, sob alegação de que o mesmo não continha os elementos suficientes para a determinação exata da infração e do infrator, por falta de provas; e cerceamento do direito de defesa.

No que tange a alegação de decadência do lançamento relativo ao período de 01/99 a 12/99, observo que não assiste razão ao autuado, pois o parágrafo único do artigo 173, do CTN deixa claro que o prazo definitivo para constituição do crédito tributário extingue-se após cinco anos contado da data em tenha sido iniciada a referida constituição pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. 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, como aliás está previsto na legislação tributária estadual (art. 965, I, do RICMS/97), bem como, nas reiteradas

decisões do CONSEF/BA consideram que a contagem deve ser feita a partir do primeiro dia do ano seguinte à aquele em o lançamento poderia ter sido efetuado.

Com relação as preliminares de nulidade de falta de clareza e precisão do lançamento, e de cerceamento de defesa, observo que o procedimento fiscal não violou a regra do artigo 18, inciso, II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, pois todas as infrações foram descritas com clareza e estão embasadas em documentos e elementos extraídos da escrita do autuado e através de cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias ao estabelecimento e de informações obtidas em arquivos magnéticos fornecidos por fornecedores da própria empresa, tudo conforme os documentos que instruem os autos, os quais, por inexistir a comprovação de sua entrega, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem em 30/06/2005, sendo entregue ao autuado, mediante intimação, sob recibo, cópias de todos os demonstrativos e notas fiscais constantes às fls. 12 a 238, e, a partir desse momento, pôde entender perfeitamente a acusação fiscal e os números apurados, e exercer a ampla defesa e o contraditório, como, aliás, o fez ao impugnar o lançamento tributário das infrações 02 e 03 objeto deste processo (fls. 288 a 302, e 360 e 361).

Assim, ficam rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua constituição que contrarie o RPAF/99.

Sobre a argüição de imprestabilidade da taxa SELIC acumulada mensalmente como índice para efeitos de cômputo dos juros de mora, sob o argumento de que a mesma extrapola o percentual de 1% previsto no artigo 161 do CTN, a mesma não é inconstitucional, pois está prevista nos art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Portanto é legal a sua aplicação, e em relação ao argumento defensivo de que não é constitucional, sendo prevista na legislação do Estado, este órgão julgador não pode declarar a sua inconstitucionalidade nos termos do art. 167 do RPAF/99.

Quanto ao pedido de diligência, na fase de instrução o processo foi submetido a discussão na pauta suplementar do dia 16/05/2006, sendo indeferido, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, tendo em vista que o próprio autuado declarou não possuir controles administrativos das mercadorias que, segundo ele, retornaram aos fornecedores através dos mesmos documentos fiscais.

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) e DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS OBTIDAS MEDIANTE CRUZAMENTO DE INFORMAÇÕES COM OS FORNECEDORES E NÃO ESCRITURADAS (fls. 37 a 48), os quais, foram entregues cópias ao autuado, conforme intimação à fl. 285.

No caso da infração 01, a acusação fiscal diz respeito a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, referente ao período de janeiro de 1999 a dezembro de 2001, ou seja, o estabelecimento se creditou do imposto sobre energia elétrica, serviços de telecomunicações e material de embalagem, sem efetuar o estorno proporcional às saídas sem tributação. Na defesa fiscal, o autuado 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. Mantenho o lançamento deste item pela sua procedência.

Quanto as infrações 02 e 03 - tratam-se de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas com base nas notas fiscais capturadas no CFAMT e por meio de arquivo do SINTEGRA.

O débito encontra-se devidamente especificado nos demonstrativos intitulados de DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS RETIDAS NOS POSTOS FISCAIS (CFAMT) E NÃO ESCRITURADAS (fls. 49 a 238) e DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS OBTIDAS MEDIANTE CRUZAMENTO DE INFORMAÇÕES COM OS FORNECEDORES E NÃO ESCRITURADAS (fls. 37 a 48), onde consta a indicação dos números das notas fiscais, datas de emissão e valores, ficando descartada a arguição de nulidade.

Quando a fiscalização no curso da ação fiscal constata que o contribuinte não contabilizou nem escriturou notas fiscais de aquisição, neste caso, está configurada a presunção legal de omissão de saídas anteriores correspondente à entrada de mercadorias não contabilizada.

No tocante ao argumento defensivo de que não foi declarada de que forma foi apurada a infração, bem como, que não foi realizado o levantamento quantitativo e indicado o período da omissão de saídas, observo que tais arguições são descabidas, haja vista que a imputação encontra amparo no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97, pois se trata de uma presunção legal de omissão de saídas, e caberia ao autuado apresentar provas capazes para elidi-la, indicando a fonte de recursos utilizada para o pagamento das citadas aquisições, ou se fosse o caso, de elementos de provas de que não adquiriu as mercadorias ou as devolveu.

Na primeira defesa (fls. 242 a 254) foi argüido que não foram analisados pelo autuante que os documentos fiscais da empresa atestam a escrituração de algumas notas fiscais, as quais serão posteriormente apresentadas. Não comprovou esta alegação.

Na impugnação posterior (fls. 288 a 302), foi alegado que as outras notas fiscais não foram registradas porque não deram entrada no estabelecimento em virtude do retorno ao remetente, e que a legislação tributária prevê neste caso que o estabelecimento não está obrigado a registrar no Registro de Entradas, o documento fiscal que acompanha a mercadoria rejeitada, consoante os artigos 229, VI e 636, II, “b” do RICMS/97, que prevêem o retorno da mercadoria com a mesma nota fiscal originária.

Com base nos citados dispositivos legais, está correto o autuado no tocante ao retorno das mercadorias através do mesmo documento fiscal, que não estaria obrigado a registrar a ocorrência no seu livro de entradas de mercadorias. Porém, cabe-lhe o ônus de apresentar controles administrativos desta ocorrência, ou se fosse o caso de que não adquiriu as mercadorias ou que foram utilizados os seus dados cadastrais por terceiros, haja vista que as cópias das notas fiscais servem de prova que as mercadorias entraram no estabelecimento.

Apesar de argumentar que caberia ao remetente prestar informações sobre o retorno de mercadorias não entregues, na última manifestação sustenta que a esta altura não tem como comprovar, primeiro porque a lei não obriga, e segundo porque os fornecedores não mais existem. Mesmo assim, juntou às fls. 303 a 345 comprovações de retorno das mercadorias que diz ter obtido até aquele momento, comprovações que foram integralmente acatadas pelos autuantes e refeito o demonstrativo de apuração do débito da infração 02.

Nestas circunstâncias, subsiste em parte a infração 02, uma vez que o levantamento do débito levou em consideração cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais do trajeto das mercadorias para o estabelecimento, as quais, se constituem como elementos materializadores da ocorrência, o que descarta a arguição de nulidade suscitada na defesa fiscal e a pretensão de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto a infração 03, impõe a sua nulidade, tendo em vista que o débito foi apurado com base no cruzamento de informações através do Sintegra sem a apresentação das respectivas cópias das notas fiscais.

Ante o exposto, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 79.144,68, ficando o demonstrativo da infração 02 modificado conforme quadro abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	Infração
31/1/1999	9/2/1999	36,88	17	70	6,27	2
31/3/1999	9/4/1999	1.661,53	17	70	282,46	2
30/4/1999	9/5/1999	1.642,82	17	70	279,28	2
31/5/1999	9/6/1999	25,94	17	70	4,41	2
30/6/1999	9/7/1999	6.107,47	17	70	1.038,27	2
30/9/1999	9/10/1999	2.132,18	17	70	362,47	2
31/10/1999	9/11/1999	34.532,18	17	70	5.870,47	2
30/11/1999	9/12/1999	932,82	17	70	158,58	2
31/12/1999	9/1/2000	80,00	17	70	13,60	2
31/1/2000	9/2/2000	2.596,71	17	70	441,44	2
29/2/2000	9/3/2000	6.063,29	17	70	1.030,76	2
31/3/2000	9/4/2000	1.290,29	17	70	219,35	2
30/4/2000	9/5/2000	836,82	17	70	142,26	2
30/6/2000	9/7/2000	983,18	17	70	167,14	2
31/7/2000	9/8/2000	689,35	17	70	117,19	2
31/8/2000	9/9/2000	686,82	17	70	116,76	2
30/9/2000	9/10/2000	146,82	17	70	24,96	2
31/10/2000	9/11/2000	353,24	17	70	60,05	2
30/11/2000	9/12/2000	331,65	17	70	56,38	2
31/12/2000	9/1/2001	13.049,12	17	70	2.218,35	2
31/1/2001	9/2/2001	1.952,00	17	70	331,84	2
28/2/2001	9/3/2001	390,00	17	70	66,30	2
30/4/2001	9/5/2001	1.102,00	17	70	187,34	2
30/6/2001	9/7/2001	349,29	17	70	59,38	2
31/8/2001	9/9/2001	1.221,12	17	70	207,59	2
30/9/2001	9/10/2001	332,82	17	70	56,58	2
31/10/2001	9/11/2001	292,53	17	70	49,73	2
30/11/2001	9/12/2001	71.794,94	17	70	12.205,14	2
31/12/2001	9/1/2002	4.731,41	17	70	804,34	2
TOTAL DO DÉBITO					26.578,69	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298743.0010/04-8**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado 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 de 70% sobre R\$ 10.392,10, previstas no artigo 42, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$ 21.167,20, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 4.980,61 e de 70% sobre R\$ 16.186,59, previstas nos dispositivos legais acima citado, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR