

A. I. N.º - 281424.0001/11-9
AUTUADO - BOMPEÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE ALMEIDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 31.10.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0271-02/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Demonstrada a devolução de notas fiscais excluídas da exigência. Infração parcialmente mantida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO ATRAVÉS DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não acolhidas às arguições da defesa de que as saídas de algumas notas com tributação elidem a infração imputada. Infração mantida. Rejeitadas as preliminares de mérito quanto à decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/2011 exige ICMS no valor de R\$97.689,52, concernente ao descumprimento de obrigações tributárias, conforme segue:

Infração 01 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 3.589,06;

Infração 02 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 94.100,46. Multa de 60%. Consta que são entradas de mercadorias em transferência de outro estabelecimento da empresa situado neste Estado (CFOP 1152) e outras compras também internas (CFOP 1102).

O autuado apresenta defesa, às fls. 80 a 99 dos autos, afirmando, em preliminar de mérito, que parte do crédito tributário lançado dos meses de janeiro a março de 2006, da infração 02, foram atingidos pela decadência, nos termos do art. 156, V, c/c art. 150, §4º, do CTN, considerando que tomou ciência do presente Auto de Infração em 05/04/2011, quando já estavam tacitamente homologados (CTN, art. 150, §4º), e extintos (CTN, art. 156, V, c/c art. 150, § 4º, parte final), os lançamentos correspondentes aos meses de janeiro a março de 2006, devem ser desconstituídos, como forma indispensável da proteção da Justiça.

Argumenta, quanto ao núcleo do mérito, que as notas fiscais que ingressam no Estado da Bahia são registradas no sistema chamado “CFAMT” e aí o fisco, num trabalho muito cômodo, emite uma lista das notas destinadas a determinada empresa (*in casu*, Impugnante) e confronta a escrituração desta. Se não encontrar o lançamento de qualquer nota fiscal, acusa a empresa de falta de escrituração, sem apurar, sequer, se a mercadoria realmente ingressou ou se retornou ao remetente.

Salienta que, da mesma forma que o sistema CFAMT controla as entradas, deve controlar as saídas e o Fisco deve confrontar essas entradas e saídas para apurar se, de fato, houve ou não a devolução.

Consigna que não tinha qualquer obrigação de escriturar as mercadorias que não foram entregues,

entregues, e, portanto, não entraram (não houve ingresso) no seu estabelecimento, retornando ao remetente, está o RICMS/BA (art. 654) que estabelece obrigações ao estabelecimento (fornecedor) que receber, em retorno, mercadoria que, por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário (Defendente).

Traz trecho do voto proferido no julgamento do AI 207494.0004/04-4, Acórdão CJF 0249-12/2006, bem como do Acórdão 3ª TJ Nº0050/2008, do Contencioso Administrativo de Pernambuco, consignando que a questão também já objeto de discussão, cuja perícia, realizada nos autos da Ação Anulatória de Débito nº 1533035-7/2007 (doc. 04), constatou que a mercadoria não ingressou no estabelecimento destinatário e foi objeto de retorno, aplicando-se ao caso o art. 636 do RICMS.

Entende que, dessa forma, certamente o Estado será sucumbente via judicial e terá que arcar com todas as despesas processuais e honorários.

Argui que o ônus da prova para vitrificar a ocorrência da devolução é do fisco, fazendo referência aos princípios da moralidade, da legalidade, segurança jurídica.

Considera a infração 01 improcedente.

Apresenta impugnação à infração 02, aduzindo que, quando da saída subsequente, debitava normalmente do ICMS, passando a realizar o recolhimento do imposto devido. É o caso dos produtos activia e da bebida lactea, conforme pode ser constatado através dos cupons fiscais em anexo (doc. 05).

Assegura que para os demais produtos, as saídas também foram tributadas, cuja comprovação protesta por juntada posterior de provas, em virtude do grande volume de produtos listados pela fiscalização. Situação que também poderá ser visualizada com a realização de perícia/diligência.

Alinha que a exigência fiscal, sem analisar as saídas, fere o princípio da não-cumulatividade legítima o crédito da entrada. Se as saídas foram tributadas, mesmo que as entradas tenham sido realizadas sob o regime da substituição tributária, o crédito é igualmente permitido por força do disposto no art. 155, II, e § 2º, I, da Constituição Federal, c/c arts. 19 e 20, da Lei Complementar nº. 87/96.

Argumenta que a multa aplicada tem caráter desproporcional, injusta e abusiva, com nítido caráter confiscatório, apresentando julgados do TRF 5ª Região, AC 331152. Rel. Des. Fed. Ubaldo Cavalcante. DJ 18.01.2005, bem como a ADIn Nº 551-1-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 14.02.2003).

Entende que o art. 112, do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, pois evidencia-se a certeza da Impugnante em ver desconstituído o Auto de Infração, em função da ilegalidade e inconstitucionalidade da autuação, diante da insubsistência da cobrança, situação que tornam o crédito tributário ilíquido, incerto e ilegal.

Requer, em preliminar de prejudicial de mérito, que seja julgado extinto parte do crédito tributário referente ao período de janeiro a março de 2006, em virtude da homologação tácita (decadência), por força do art. 150, § 4º c/c o art. 156, V, todos do CTN; o mérito, a acusação fiscal seja declarada integralmente improcedente pelos fundamentos de fato e de direito desta peça reclamatória, em virtude do equívoco fiscal; na dúvida seja conferida a interpretação mais benéfica à Impugnante, tal como preconiza o art. 112 do CTN e, por fim, protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, como acima exposto, assim como vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima justiça.

O autuante, às fls. 215 a 224 dos autos, afirma que, em relação à arguição de decadência, a legislação tributária do Estado da Bahia estabelece prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, §4º do CTN. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2006, ou seja, os fatos geradores questionados pelo autuado ocorreram

entre o período de 01/01/2006 a 31/03/2006 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2012.

Afirma que, no mérito, quanto à infração 01, a questão central que norteia a discussão diz respeito se as vias de notas fiscais coletadas através do sistema CFAMT servem como prova material da entrada de mercadorias nelas descritas no estabelecimento destinatário. Aduz que nesse caso o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF tem jurisprudência firmada sobre o assunto no sentido de conceber como prova tais vias de documentos fiscais. Transcreve-se, abaixo, trecho do ACÓRDÃO JJF Nº 0376-01/09, de 19/11/2009, exarado pelo CONSEF:

Ressalto que este Conselho de Fazenda já consolidou a jurisprudência de que as vias das notas fiscais retidas através do Sistema CFAMT são aceitas como comprovação do ingresso de mercadorias nos estabelecimentos situados no Estado da Bahia. Para tanto, cito dois julgados recentes, que se referem aos Acórdãos JJF nº 0234/02-09 e CJF nº. 0286-12/09.

Complementa que trouxe ao processo a comprovação do retorno integral das mercadorias ao fornecedor de duas notas fiscais, documentos de fls. 110 a 120, devendo-se retirar do demonstrativo do Anexo 1 (fls. 53 a 54) os valores relacionados às notas fiscais de números 7141 e 403281, emitidas em 04/04/2006 e 27/10/2006, respectivamente.

Conclui que o valor total cobrado referente à infração em análise de R\$3.589,05 deve ser reduzido em R\$861,56, valor correspondente à multa aplicada sobre os valores dessas duas notas fiscais, perfazendo um novo valor total para o exercício de 2006 de R\$2.727,49, apresentando novo demonstrativo.

Quanto à infração 02, afirma que a utilização de crédito do ICMS nas aquisições de mercadorias, cujo imposto foi pago por antecipação ou substituição tributária é expressamente vedada, a não ser naquelas hipóteses previstas nos artigos 356 e 359 do mesmo RICMS (emprego na industrialização, insumo de produtor rural, preparo de refeições com tributação no regime normal, etc.), situações que não têm qualquer relação com as operações objeto da autuação.

Argumenta que a legislação do ICMS não faculta ao autuado proceder de forma diversa daquela prevista no RICMS/BA. O crédito do imposto relativo a aquisições de mercadorias incluídas no regime de substituição tributária que foi lançado indevidamente não pode ser anulado pelas respectivas saídas tributadas, restando caracterizada a infração.

Entende estar evidenciada a infração, salientando que no demonstrativo do Anexo 2 estão relacionados 227 produtos enquadrados na substituição tributária que durante o exercício de 2006 foram adquiridos pelo autuado com aproveitamento indevido de crédito fiscal de ICMS. Menciona que, em sua defesa, o autuado demonstra, através de cópias de cupons fiscais (fls. 131 a 212), que houve tributação nas saídas de dois produtos (bebida láctea e actívia) relacionados no demonstrativo.

Considera que o impugnante incorre em erros quando especifica se determinado produto deve ser tributado normalmente na saída ou se este mesmo produto já foi objeto de tributação antecipada por outro contribuinte.

Afirma que, durante o exercício fiscalizado o mesmo produto na saída ora é tributado à alíquota de 17%, ora não é tributado. Alinha que os dados a seguir são extraídos dos arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95 transmitidos à SEFAZ pelo autuado, mais precisamente do Registro tipo 60 – Resumo Mensal (60R) que é composto com as informações dos itens de mercadoria/produto e serviço dos cupons fiscais emitidos pelas máquinas ECF ativas no mês, resumo este que é transportado para a apuração mensal do imposto. Esses arquivos referentes ao exercício de 2006 estão anexados a esta informação fiscal em mídia tipo CD-R.

Consigna que nos documentos acostados ao processo pelo defendente o produto bebida láctea tem saídas tributadas, porém a tabela abaixo demonstra que estes mesmos produtos também saíram sem tributação durante o exercício de 2006. As quantidades e valores estão lançados agrupados

agrupados pelas saídas totais dos produtos no exercício de 2006.

TABELA 1 – SAÍDAS DO PRODUTO BEBIDA LÁCTEA SEM TRIBUTAÇÃO - 2006

CÓD. PROD	DESC. PROD	QUANT	VALOR	BC	ALÍQ	DATA MÍN	DATA MÁX
612456	BEB LAC MORANGO PARM 200ML	3.658	2.934,76	0	0	01/2006	12/2006
3317129	BEB LACT NESTO VITAM 180G	11.954	13.438,44	0	0	06/2006	12/2006
3317111	BEB LACT NINHO MACA 180G	10.041	11.398,03	0	0	06/2006	12/2006
3317102	BEB LACT NINHO MORAN 180G	8.909	10.457,85	0	0	06/2006	12/2006

Fonte: Arquivos Magnéticos transmitidos pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda.

Aponta que, na cópia do cupom fiscal de fl. 134, o produto iogurte líquido KYSSY (produto sujeito à substituição tributária por antecipação nas saídas internas) tem saída sem tributação (F1 – significa que foi tributado na Fonte) e também saída tributada à alíquota de 17%.

Quanto à alegação de que as demais saídas, além dos produtos bebida láctea e activia, também foram tributadas, afirma que não condiz com a realidade, para tanto, elabora uma tabela a seguir estão relacionadas diversas outras saídas de produtos constantes do demonstrativo do Anexo 2 sem tributação. As quantidades e valores estão lançados agrupados pelas saídas totais dos produtos no exercício de 2006:

TABELA 2: SAÍDAS DE DIVERSOS PRODUTOS SEM TRIBUTAÇÃO – PRODUTOS DA ST COM APROVEITAMENTO DE CRÉDITO INDEVIDO – 2006

CÓD PROD	DESC PRODUTO	QUANT	VALOR	BC	ALÍQ	DATA MÍN	DATA MÁX
3321215	ACT.L.FERM.BIFID.AV. DANONE 400G	28	120,02	0	0	jan-06	jan-06
3321207	ACTIV.LIQ.AVEIA DANONE 180G	5	8,39	0	0	jan-06	jan-06
2900408	ALGODAO BOLA 50G JOHN	2.718	8.043,34	0	0	mar-06	dez-06
2547716	CD R EMTEC CARTAO	2.240	2.867,52	0	0	out-06	dez-06
2547708	CD R EMTEC SLIM	2.822	4.684,84	0	0	out-06	dez-06
CÓD PROD	DESC PRODUTO	QUANT	VALOR	BC	ALÍQ	DATA MÍN	DATA MÁX
2547210	CD-R EMTEC 700MB 80	3.128	4.046,84	0	0	jun-06	out-06
3321878	DANONINH.P.BEB.MACA BANANA 80G	1.353	1.695,18	0	0	jan-06	dez-06
3321835	DANONINH.P.BEBER MOR 180G	1.788	2.291,29	0	0	jan-06	dez-06
2547694	DVD R EMTEC CARTAO	1.122	2.492,31	0	0	out-06	dez-06
2547732	DVD R EMTEC PINO 25	31	1.729,18	0	0	out-06	dez-06
8538182	FR PAMPERS ACTIVOS G C20	20	373,81	0	0	out-06	dez-06
8538174	FR PAMPERS ACTIVOS M C24	29	523,76	0	0	out-06	dez-06
8538191	FR PAMPERS ACTIVOS XG C16	68	1.262,53	0	0	out-06	dez-06
3316033	IOG LIQ FRE MANG-MAR 600G	16	63,81	0	0	jan-06	jan-06
3316904	IOG LIQ FRE UVA-KIWI600G CORPUS	8	32,15	0	0	jan-06	jan-06
3316025	IOG LIQ FRESH ABACAX 600G	3	11,87	0	0	jan-06	jan-06
3321631	IOG LIQ KISSY CAJA 180G	7.150	6.387,86	0	0	jan-06	dez-06
3321568	IOG LIQ KISSY GRAV 180G	10.327	9.446,45	0	0	jan-06	dez-06
3321223	IOG CORP.FR.PESS.SUC DANONE200G	9	6,20	0	0	jan-06	jan-06
3321843	IOG.P.FTAS DAN.UP B. AV.E M 200G	18	22,86	0	0	jun-06	jun-06
7621396	MAS PIZZA BROTON C/8 MAS LEVE 300G	512	1.248,38	0	0	mai-06	dez-06
6327311	OI LG 1100 CARTAO	3	886,00	0	0	jun-06	jun-06
6348521	OI MOTOROLA C168 CAR TAO PADRAO	20	3.210,00	0	0	mai-06	out-06
6348467	OI MOTOROLA C261 CAR TAO	12	3.346,00	0	0	mai-06	nov-06
6348688	OI MOTOROLA L6 CATAO BTEL	3	1.179,68	0	0	ago-06	dez-06
6348483	OI MOTOROLA V191 OI CARTAO	15	4.519,32	0	0	jun-06	nov-06
6348505	OI NOKIA 1600 CARTAO PADRAO	14	2.662,00	0	0	mai-06	jun-06
6347070	OI NOKIA 6060 CARTAO PADRAO	10	1.790,00	0	0	ago-06	ago-06
6328075	OI SONY ERCSN K300 CARTAO	9	2.799,14	0	0	jun-06	ago-06

3345343	PETI.SUIS.MOR VIT 360G BATAVI	63	195,65	0	0	jun-06	jul-06
8538158	PROCTECT G40+8WIPES	294	7.980,75	0	0	mar-06	ago-06
8538140	PROCTECT M46+8WIPES	209	5.572,15	0	0	mar-06	dez-06
8538166	PROCTECT XG36+8WIPES	236	6.623,36	0	0	mar-06	jul-06
509493	SALG BON GOUT PROV NABISC100G	1.242	3.069,73	0	0	jun-06	dez-06
508616	SALG PETIX CALAB-PIM 80G	427	469,23	0	0	mai-06	dez-06
508594	SALG PETIX CEBOL-SAL 80G	366	398,47	0	0	mai-06	dez-06
508608	SALG PETIX CHURRASCO 80G	372	408,21	0	0	mai-06	dez-06
508624	SALG PETIX QUEIJO 80G	272	306,12	0	0	mai-06	out-06
523488	SALG PIMENTA SNYDERS 56,6	76	143,95	0	0	mai-06	ago-06
523089	SALG PRES CONCHA 60G	162	151,65	0	0	abr-06	mai-06
523470	SALGAD MINI SNYDERS 42,5G	142	257,94	0	0	mai-06	out-06
6328717	TIM LG 105 PRE	6	2.033,00	0	0	mai-06	jun-06
6324487	TIM MOTOROLA C115 CARTAO	34	2.906,00	0	0	mai-06	jun-06
6347983	TIM MOTOROLA V220I PRE AZ CZ PRA	10	3.734,00	0	0	mai-06	dez-06
6326251	TIM NOKIA 1108 CARTA O	16	1.324,00	0	0	mai-06	jun-06
6328148	TIM SIEMENS A70 CART AO	10	879,00	0	0	mai-06	mai-06

Fonte: Arquivos Magnéticos transmitidos pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda.

Conclui que, conforme acima foi demonstrado, o defendente indevidamente se credita de ICMS nas aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária, e que este fato caracteriza infração à legislação do ICMS. Assegura que as operações de saídas dessas mercadorias ocorrem ora com tributação, ora sem tributação, em decorrência de erro na sistemática do contribuinte ao se definir se determinada mercadoria deve ter sua operação de saída tributada ou não, acarretando, muitas vezes, conforme restou comprovado, tributações diferentes para uma mesma mercadoria.

Argumenta que as mercadorias que tiveram a utilização indevida de crédito do imposto (relacionadas na autuação) e que, por acaso, nas operações de saídas tenham sido objeto de tributação indevida, caberá ao contribuinte requerer a restituição do indébito nos termos previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Afirma, quanto às contestações sobre as multas, que as duas multas aplicadas neste auto de infração nos percentuais de 10 % para a infração 01 e 60% para a infração 02 estão amparadas pelo artigo 42, inciso IX, e pelo inciso VII, alínea “a”, do mesmo artigo, da Lei 7.014/96, respectivamente.

Alinha não haver previsão legal que autorize a redução ou afastamento pleiteado e falece competência ao autuante para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação do autuado.

O autuado, às fls. 282 a 288 dos autos, apresenta nova manifestação afirmando, quanto à arguição do autuante relativo à decadência, que se tratando a infração de utilização indevida de crédito fiscal, o que significa dizer que houve o pagamento do imposto, a norma que se aplica ao caso é a insculpida no art. 150, § 4º do CTN (status de Lei Complementar) e não a Lei Estadual (hierarquicamente inferior).

Considera que o período fiscal de janeiro a março de 2006 deve ser anulado, por força do art. 150, §4º, c/c art. 156, V, ambos do CTN.

Aduz que o STF consolidou através da Súmula Vinculante nº 8, que o prazo de prescrição e decadência é de cinco anos contados do pagamento antecipado do imposto, no caso de lançamento por homologação, só que os valores levantados pelo Autuante estão além do prazo de cinco anos, portanto decaído.

Quanto ao mérito da infração 01, afirma que em sua peça impugnatória comprovou que parte das mercadorias não ingressou no estabelecimento da manifestante, fato que ocasionou a sua exclusão do crédito tributário.

Anexar, por sua vez, outros documentos fiscais que considera comprovar o retorno da mercadoria (doc. 02).

Entende que o autuante não comprovou e continua não comprovando que as mercadorias ingressaram no estabelecimento da manifestante.

Volta a alinhar os argumentos e decisões já consignadas da peça de defesa inicial.

Quanto à infração 02, alude que, mesmo comprovando que as saídas dos produtos foram tributadas pelo imposto, fato constatado pelo Autuante e mencionado na Informação Fiscal, tais produtos não foram excluídos da relação fiscal, sob o argumento de que esse procedimento não é aceito pela legislação estadual e que, portanto, se houve recolhimento do imposto na saída, a manifestante deveria pleitear a sua restituição, situação que considera inconcebível, pois está penalizando a manifestante de forma exacerbada e tumultuando a esfera administrativa, porque o pedido de restituição seria mais uma demanda a ser decidida, e a favor do contribuinte, quando já está comprovado que o crédito da entrada foi anulado com o débito da saída.

O autuado anexa, às fls. 297 a 327, cupons fiscais, afirmando que eles constam produtos relacionados na infração 02 que tiveram a saída tributada.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória por entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, pois não foi considerado necessário avaliar mais uma vez as saídas que o autuado alega terem ocorrido, objetivando elidir a infração imputada, conforme já analisadas pelo autuante, identificando saídas não tributadas das mercadorias alvo da autuação, melhor avaliadas na análise que será feita do mérito da infração 02.

O impugnante, albergado no que dita o § 4º do art. 150 da CTN, argumenta que os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos períodos de janeiro a março de 2006, da infração 02, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do auto de infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos. Essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no § 4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2006 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2012 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2011, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2006.

Cabe alinhar que, apesar da súmula vinculante número 08 não tratar do imposto estadual em espécie e sim de contribuição, bem como a inconstitucionalidade em lume se referir a prazo distinto do constante na legislação estadual, não sofrendo a Administração Pública desse Estado, os efeitos vinculantes de tal decisão quanto aos impostos de sua competência, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto ao mérito da infração 01, em consonância com o autuante e com as reiteradas decisões desse Contencioso Administrativo-Fiscal, está pacificado que são aceitas como comprovação do ingresso de mercadorias no estabelecimento do autuado desse Estado, as vias das notas fiscais retidas através do CFAMT, conforme, por exemplo, voto constante do Acórdão JUF n° 0376-01/09.

Assim, as alegações do autuado de que as notas fiscais colhidas através do Sistema CFAMT não correspondem à prova das aquisições pelo autuado não prospera.

Ocorre, contudo, que ficou demonstrado, pelo impugnante, com o acolhimento do autuante, o retorno integral das mercadorias ao fornecer de duas notas fiscais, constantes, às fls. 110 e 120 dos autos, cabendo a suas exclusões dos valores exigidos, contantes do demonstrativo do Anexo 1, fls. 53 e 54 dos autos, relacionados às notas fiscais números 7141 e 403281, emitidas respectivamente em 04/04/2006 e 27/10/2006.

Verifico, também, que o autuado demonstra, às fls. 291 e 292, através da nota fiscal de entrada de seu fornecedor, de número 011942, emitida em 09/06/2006, ter havido devolução das mercadorias constantes da nota fiscal número 356569, cuja exigência da multa no mês 05/2006, foi de R\$448,23, devendo ser excluída da exigência, cabendo o novo valor a ser reclamado no mês de maio de 2006, de apenas R\$ 64,40, em relação unicamente à nota fiscal número 51.

Assim, o novo demonstrativo de débito à fl. 219 deve ser retificado com a exclusão da nota fiscal 356569, e seu correspondente valor reclamado de R\$448,23, concernente ao mês de maio de 2006, que fica com a ocorrência no valor de R\$64,40.

Diante do exposto, o valor da multa exigida na infração 01 passa a ser, conforme demonstrativo a seguir:

RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS RECEBIDAS E NÃO LANÇADAS - 2006					
CNPJ ORIGEM	UF	DT EMISSÃO	Nº NF	VALOR NF	VL MULTA 10%
7699456000130	SP	8/mai/06	51	644,00	64,40
33372251006278	SP	2/jun/06	114529	7.847,38	784,74
2508145000123	PE	30/ago/06	41917	1.063,97	106,40
43948405000169	SP	19/out/06	85595	2.688,96	268,90
441743000105	SP	31/out/06	4773	8.963,28	896,33
Sub total					1.165,23
33115817000164	RJ	19/dez/06	311097	1.585,03	158,50
VALOR TOTAL DA INFRAÇÃO					2.279,27

Cabe constatar que, diferente do alegado pelo sujeito passivo e consignado no laudo pericial que apresentou, às fls. 123 a 130 dos autos, em relação às devoluções cujas mercadorias não ingressam no estabelecimento do adquirente, os procedimentos, ou mesmo as obrigações acessórias previstas

previstas no art. 654, § 1º do RICMS/BA, podem até não ter a participação direta do sujeito passivo, contudo diante dos elementos trazidos pelo fisco que são as notas fiscais a ele endereçadas, no presente caso, colhidas através do CFAMT, certificado a destinação da mercadoria, o ônus da prova da ocorrência das devoluções, caso efetivamente ocorridas é, sem dúvidas do impugnante, apresentando os elementos probatórios que, inclusive, trouxe aos autos e lhe permitiu elidir parte da infração 01, conforme visto.

Não há, por conseguinte, diante dos elementos considerados, como vislumbrar a violação ao princípio da moralidade, visto que não foram violadas regras de conduta tiradas da disciplina fixadas pela Administração; violação a legalidade, pois foram atendidos os procedimentos legais e fundamentadas devidamente as infrações, ou mesmo a segurança jurídica, visto que as regras são claramente fixadas pela administração pública, conforme dispositivo regulamentar já citado, permitindo ao sujeito passivo conhecer os procedimentos para as devoluções, bem como as provas trazidas oferecem a certeza ao fisco da ocorrência das infrações cometidas, afastando, conforme já mencionado, as notas fiscais que efetivamente foram demonstradas as ocorrências das aludidas devoluções.

No que é pertinente à infração 02, com relação ao crédito fiscal objeto da autuação, o art. 97, IV, do RICMS/BA estabelece vedação à sua utilização relativa à aquisição de mercadorias cujo imposto for pago por antecipação ou substituição tributária, salvo as exceções expressas. Estas exceções são elencadas nos artigos. 356 e 359 do mesmo diploma legal (emprego na industrialização, insumo de produtor rural, preparo de refeições com tributação no regime normal, etc.), situações que não se enquadram as operações objeto da autuação. Portanto, restou caracterizada a infração, visto que a legislação do ICMS estabelece vedação à utilização de créditos de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Quanto ao argumento de que os créditos fiscais utilizados indevidamente foram anulados com o débito decorrente das saídas subseqüentes, não pode ser acatado, em primeiro lugar em razão de que estando as mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, o crédito fiscal deve ser utilizado na apuração do imposto retido (substituto) ou pago por antecipação e não é facultado ao contribuinte adotar procedimentos que impliquem em descumprimento da legislação tributária. Em segundo lugar, apesar de ter alegado que o imposto tenha sido pago na saída, inclusive às fls. 297 a 327, o autuante apresenta em seu demonstrativo tabla 1 e 02, à fl. 221, que os produtos saíram também sem tributação, consignando no aludido demonstrativas datas mínimas e máximas para a apuração que garantem as conclusões extraídas, a exemplo dos produtos sob código 612456, 3317129, 3321215, 3321207.

Assim, com relação às mercadorias objeto da autuação que tiveram a utilização indevida de crédito pelas entradas e porventura tenha sido pago imposto indevidamente na operação de saída, caso comprovado, cabe ao contribuinte requerer a restituição do indébito na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (artigos 73 e 74), o que não pode ser feito nesta fase processual por inexistência de amparo legal.

A defesa argui suposta ilegalidade das multas incidentes sobre o imposto devido pela autuada. O inciso V, do art. 97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante a multa previstas no inciso art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de

sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RFPAF/BA.

Quanto à multa constante da infração 01, por descumprimento de obrigação acessória, além cabível se aplicar as razões alinhadas quanto a não abrigar o sujeito passivo sob o princípio do não confisco, é importante destacar o fato de que a multa coincide, unicamente, com a diferença de alíquotas entre 7% e 17%, visto que as mercadorias são tributáveis.

Ainda quanto à multa por descumprimento da obrigação acessória, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu a infração de utilizar crédito fiscal referente a mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária. Assim, diante de tal infração, bem como da inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, não há como contemplar o pedido do impugante de redução ou cancelamento das multas.

Ainda que dolo não existisse, devidamente demonstrado, considero o ingresso de mercadorias no estabelecimento, sem o registro da respectiva nota fiscal, um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado.

Pelo exposto, restou caracterizado o cometimento da infração e deve ser mantida na sua integralidade. A infração 02 é procedente.

Diante do acima alinhado, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cabendo a manutenção integral da infração 02, e a manutenção parcial da infração 01, conforme demonstrativo de débito abaixo da infração 1:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de cálculo	Multa	Valor Histórico
31/5/2006	09/06/2006	644,00	10%	64,40
30/6/2006	09/07/2006	7.847,40	10%	784,74
31/8/2006	09/09/2006	1.064,00	10%	106,40
31/10/2006	09/11/2006	1.652,30	10%	1.165,23
31/12/2006	09/01/2007	1.585,00	10%	158,50
Total da infração 01				2.279,27

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 **281424.0001/11-9**, lavrado

contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.100,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento da obrigação acessória no valor de **R\$2.279,27**, prevista no art. 42, IX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR