

A. I. Nº - 02994057/93
AUTUADO - M SANTIAGO POOL COMÉRCIO INDÚSTRIA EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 02. 05. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-04/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. c) MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO. d) NÃO DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. e) LANÇADO EM DUPLICIDADE. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 3. MÁQUINA REGISTRADORA. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. a) ESTORNO DE DÉBITO RELATIVO A OPERAÇÕES ISENTAS, NÃO TRIBUTADAS, OU COM IMPOSTO PAGO PELO REGIME DE ANTECIPAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) CRÉDITO PRESUMIDO RELATIVO A OPERAÇÕES COM MERCADORIAS SUJEITAS À ALÍQUOTA INTERNA DE 7%. 4. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA BENEFICIAMENTO EM ESTABELECIMENTO DE TERCEIROS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infrações caracterizadas, com exceção do item 1.d, que ficou comprovado parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31.05.1993, exige o pagamento de ICMS no valor de Cr\$183.557.877,42 mais multas de 60%, e de 70% e de multa no valor de Cr\$175.738,17, referente às seguintes irregularidades:

1. utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – Cr\$2.522.873,73;
2. falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária referente aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em outras Unidades da Federação – Cr\$96.760.024,67;
3. estorno a maior de débitos fiscais, relativamente as mercadorias integrantes da cesta básica – Cr\$25.520.328,81;

4. estornos de débitos a maior relativamente às mercadorias adquiridas na condição de isentas, não tributadas e com imposto pago por substituição tributária, cujas saídas através de máquinas registradoras foram objeto de tributação – Cr\$51.244.975,05;
5. utilização indevida de crédito fiscal destacado nos documentos de aquisição de carne fresca, tributada pelo sistema de pauta fiscal e de pagamento único – Cr\$195.000,00;
6. utilização indevida de créditos fiscais relativamente a aquisições de materiais para uso ou consumo – Cr\$728.593,18;
7. apropriação indevida de créditos fiscais não destacados em documentos fiscais – Cr\$456.344,60;
8. Utilização indevida de crédito fiscal por lançamento em duplicidade de documento fiscal – Cr\$46.418,60;
9. falta de recolhimento do imposto sobre saídas de açúcar para beneficiamento, que não retornou ao estabelecimento no prazo legal – Cr\$5.760.948,44;
10. falta de registro de notas fiscais no livro de registro de entradas de mercadorias – Multa Cr\$175.738,17;
11. falta de recolhimento do imposto devido por diferenças de alíquotas , nas aquisições interestaduais para o ativo imobilizado – Cr\$322.370,34.

O autuado protocola defesa tempestiva (fl. 463) apresentando, inicialmente, duas “razões propedêuticas de mérito”, conforme:

1ª) faz considerações jurídicas sobre substituição tributária, sobre princípios da legalidade, da tipicidade cerrada e da não cumulatividade, e sobre hipótese de incidência, fato gerador e sujeição passiva, invocando mestres do direito tributário e o artigo 128 do CTN. Todas as considerações têm por objetivo fundamentar o seu entendimento sobre o direito ao crédito fiscal que lhe está sendo glosado.

2ª) faz considerações sobre natureza jurídica do lançamento tributário e sobre a busca da verdade material, invocando o artigo 142, parágrafo único do CTN, e mestres do direito, para concluir que, “para não obstacular o exercício pleno de defesa” deve o lançamento descrever os seus elementos construtivos.

Antes de apresentar as suas razões, descreveu, itemizando de “a” a “j” as infrações constantes do presente Auto de Infração.

Adentrando no mérito, assim se manifesta:

Infração 1(a): que não fica configurada qualquer infração enquanto não se comprove que este procedimento resultou em insuficiência no pagamento do imposto. Diz também que, quando tais mercadorias são consideradas tributadas na entrada, também são na saída. Invoca o artigo 295, II e III “a” do RICMS/89 para externar o seu entendimento de que tem direito aos créditos fiscais, face às saídas serem todas consideradas tributáveis, e em obediência ao princípio da não cumulatividade.

Infração 2(b): além das razões expostas ao item anterior, contesta a legalidade do instituto da substituição tributária.

Infração 3(c): que não houve estorno a maior de crédito e que faltou à fiscalização observar o percentual de lucro acrescido ao valor das entradas, autorizado por norma expressa no RICMS/Ba. Diz que a comprovação será feita mediante perícia a ser requerida.

Infração 4(d): Repete a alegação de que não foi considerada a margem de lucro, refere-se aos percentuais de MVA para apuração do imposto por substituição tributária, diz que o artigo 295 do RICMS/89 vem em seu socorro e, após queixar-se de que a autuante desprezou o seu dever jurídico de busca da verdade material, alega que se faz necessária a realização de perícia.

Infração 7(g): que assiste razão ao fisco, quanto ao registro a maior do crédito fiscal destacado na nota fiscal 151434 mas, em relação à nota fiscal 1781, junta cópias de folhas do registro de entradas para provar que o documento não foi escriturado.

Infração 9(h): Aduz que as mercadorias retornaram, conforme notas fiscais de entrada 00230, 00232, 00233 e 00234, das quais junta cópias, afirmando que não foram escrituradas no livro fiscal apropriado, reconhecendo ser hipótese de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Infração 10(i): Alega que a simples constatação, pelos postos fiscais, da existência de notas fiscais em que consta como destinatário, sem outro elemento de prova, não é suficiente para caracterizar a infração. Nega a aquisição das mercadorias nelas constantes e alega que cabe ao fisco, pelo menos, comprovar a efetiva aquisição, junto ao fornecedor, com a prova de quem efetuou o pagamento. Também alega que nenhuma vantagem financeira auferiria com a falta de escrituração das notas, já que todas as suas saídas são registradas.

Reconhece as infrações 5, 6 e 11, mas, mesmo em relação a essas, alega que nenhum prejuízo causou à Fazenda Pública uma vez que, durante todo o período em que ocorreram os fatos, sempre apresentou saldo credor na conta corrente fiscal, não apresentando repercussão econômica.

Conclui pedindo a produção de provas, a realização de perícias e de diligências fiscais, indicando assistente técnico e formulando quesitos, pedindo também o julgamento pela improcedência.

A autuante presta informação fiscal (fl. 512) esclarecendo:

Infração 1(a): que o autuado reconhece a utilização simultânea das regras previstas nos artigos 294 e 295 do RICMS/89;

Infração 2(b): que o autuado somente insurge-se contra a legislação estadual;

Infração 3(c): que a infração está demonstrada e que o percentual de lucro considerado foi o utilizado pelo autuado, ou seja, 10%.

Infração 4(d): como devem ser feitos os cálculos.

Infrações 5(e), 6(f) e 11(j): que não foram objeto de contestação.

Infração 7(g): que errou ao consignar o número da nota fiscal que não foi reconhecida pelo autuado. Retifica o número da nota fiscal de 1781 para 17801 e mantém a exigência.

Infração 9(h): que as notas fiscais anexadas, até pelo estado físico apresentado, caracterizam ter sido emitidas após a autuação.

Infração 10(i): que as notas fiscais 234639 e 234640 não foram apresentadas quando da realização dos trabalhos fiscais, o mesmo não ocorrendo com a aquisição de um computador, em uso no estabelecimento, o que torna inverídica a negativa do autuado sobre as aquisições.

Conclui afirmando que o autuado optou, nos exercícios de 1990 e 1991, pelo sistema de apuração previsto no artigo 294 do RICMS/89 e nos exercícios de 1992 e 1993, pelo previsto no artigo 295 do mesmo regulamento e que, por não se referir ao item 8, o autuado o reconhece procedente, pelo silêncio.

A PROFAZ converte o processo em diligência (fl. 527) para que auditor fiscal estranho ao feito determine a repercussão econômica proveniente da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, verifique a correção dos ajustes da conta corrente fiscal e o lançamento de notas fiscais.

O diligente (fl. 528) informa: a) que o autuado não contesta os demonstrativos anexados pela autuante, que no seu entendimento são claros e precisos, não havendo correções a fazer; b) que relativamente à antecipação tributária e estornos de débitos e créditos, o autuado não cumpriu com as determinações da legislação; c) que não foi provado o recolhimento do imposto por antecipação; d) que a autuante já esclareceu sobre as notas fiscais não registradas e e) que não foi elaborado novo demonstrativo de débito por não haver alterações a fazer.

O então Relator converteu o processo em diligência a fiscal estranho ao feito (fl. 534) para que intimasse o autuado a comprovar que o seu procedimento não causou repercussão financeira desfavorável ao erário estadual e à ASTEC para que se manifestasse acerca de cada item da autuação e da análise de repercussão financeira.

Intimado, o autuado não atendeu à solicitação (fls. 536 a 548), conforme declara o diligente.

VOTO

O autuado inicia a sua defesa apresentando razões propedêuticas de mérito, utilizadas para análise “filosófica” de alguns princípios de direito, não relacionando as colocações, diretamente com os motivos do Auto de Infração. Por não atingirem nem a forma, nem o mérito do lançamento, entendo que sobre as mesmas está dispensada a manifestação deste Relator.

O autuado ao itemizar, de “a” a “j” as infrações, enquanto a autuante as numerou de 1 a 11, deixou de se referir à infração 8. O seu silêncio caracteriza que com a mesma concorda. Reconhece expressamente as infrações 5, 6 e 11. Sobre esses itens, dispensado está o meu posicionamento, restando acatar a acusação.

Quanto às infrações 1, 2, 3 e 4 o autuado as contesta como sendo todas relativas ao uso de máquinas registradoras e utiliza, para refutar as exigências, argumentos que não têm substância, porque não se relacionam com o mérito da acusação. São alheios aos fatos narrados na acusação. Portanto mantenho-as integralmente.

Quanto ao item 7, duas notas fiscais, de nºs 151434 e 1781 foram detectadas pelo fisco como escrituradas irregularmente, com a utilização indevida de crédito fiscal. Em referência à primeira, o contribuinte acata a acusação. Em relação à segunda, junta cópias do livro de registro de entradas para comprovar que não a escriturou e, conseqüentemente, não utilizou qualquer crédito fiscal. Na informação fiscal a autuante retifica o número da nota para 17801. Não foi dado vistas ao autuado da nova informação e, embora o processo tenha sido convertido em diligência, por duas vezes, em nenhuma delas, ao autuado foi dado conhecimento do fato. Portanto, em relação a este item, houve cerceamento do direito de defesa e, tendo em vista que o autuado já se encontra com a inscrição “cancelada” no cadastro estadual de contribuintes, não mais é possível sanar a irregularidade. Ainda, tendo em vista que o presente processo já está completando uma década de tramitação e ainda não foi submetido a um julgamento e, também, que o valor não é relevante em relação às demais parcelas exigidas no lançamento (Cr\$ 49.976,60), dispensei as formalidades para saneamento e nulifico parcialmente o presente item, por afronta ao artigo 18, II, do RPAF/99. Este item subsiste, parcialmente, no valor de Cr\$416.368,00.

Quanto ao item 9, as notas fiscais que juntou ao processo (fls. 507 a 510), na tentativa de justificar que as mercadorias retornaram, não possuem valor probante. Primeiro, porque emitidas pelo próprio autuado, quando deveriam ser emitidas pelo remetente, já que contribuinte e obrigado à

emissão do documento. Segundo, porque não registradas e conforme disse a autuante, com características de emitidas após a ação fiscal. Dessa forma, não é cabível a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória e, sim, a exigência do imposto, pois o benefício fiscal, pela falta de retorno das mercadorias no prazo, perdem a valia.

Relativamente ao item 10, a infração está comprovada através de documentos fiscais válidos, que foram coletados pelo fisco, em processo regular. O autuado não trouxe aos autos qualquer prova de que as mercadorias, que foram a ele destinadas, não adentraram em seu estabelecimento. O fisco, ao contrário, está de posse de documentos fiscais que comprovam que as operações foram realizadas, o que torna desnecessária a comprovação junto ao fornecedor, requerida pelo autuado. Em relação a ter ou não ter auferido vantagem financeira com a irregularidade praticada, não é tema que tenha relação com a lide. Portanto, mantenho a exigência.

O autuado também não comprovou que as infrações cometidas não causaram prejuízos ao fisco já que disse que durante todo o período de ocorrência dos fatos sempre apresentou saldo credor e, quando diligenciado para investigação da repercussão financeira, o próprio autuado deu causa à não realização da diligência.

Concluindo, com fulcro no artigo 147 do RPAF/99, não acato os pedidos de diligência ou perícia e, em consequência também não acato a indicação do assistente técnico e dispenso a resposta à quesitação que apresentou.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, para exigência do imposto no valor de Cr\$183.507.900,82 e de multas no valor de Cr\$175.738,17.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **02994057/93**, lavrado contra **M SANTIAGO POOL COMÉRCIO INDÚSTRIA EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **Cr\$183.507.900,82**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre Cr\$183.185.530,48 e de 70% sobre Cr\$322.370,34, previstas no art. 61, respectivamente nos incisos III “b” e VIII “a” e IV “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e das multas previstas nos incisos X e XII, do mesmo artigo e lei, nos valores respectivos de **Cr\$14.553,00** e de **Cr\$161.185,17**, atualizados monetariamente, devendo ser convertido para a moeda vigente, por ocasião do pagamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR