

PROCESSO - A. I. N° 03010502/92
RECORRENTE - CINTRA & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2^a JJF n° 0030-02/04
ORIGEM - INFAC BONOCÔ (INFAC CALÇADA)
INTERNET - 03.05.04

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0124-11/04

EMENTA: ICM/ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO FISCAL. **c)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL DECORRENTE PREJUÍZO NA CONTA MERCADORIA TRIBUTADA. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO e **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. 3. BASE DE CÁLCULO. CESTA BÁSICA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Exigências caracterizadas em razão da recusa do contribuinte de apresentar os livros e documentos fiscais, apesar de devidamente intimado, a fim de se comprovar fatos controversos com elementos comprobatórios de que necessariamente disponha, o que importa em presunção de veracidade da acusação, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, uma vez que se trata de Auto de Infração reconstituído. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/1992, fora reconstituído pela PGE/PROFIS (PROFAZ) nos termos do art. 119 do RPAF, e exige imposto no valor de CR\$313.233.466,44, relativo a:

1. Exercício de 1987.
 - utilização indevida de crédito fiscal do ICM, no valor de CR\$143,10, e falta de recolhimento do ICM Substituto, no valor de CR\$154,23, referente a nota fiscal n.º 371;
2. Exercício de 1989.
 - uso indevido de crédito no valor total de CR\$738.572,98;
 - diferença de ICMS Substituto a recolher no valor total de CR\$597.551,18;
 - diferença de ICMS antecipado a recolher no valor total de CR\$2.055,07;
 - falta de estorno de crédito, no valor de CR\$916.380,19, decorrente do prejuízo apresentado na Conta de Mercadoria Tributada;
 - falta de recolhimento do ICMS devido no valor de CR\$142.381,17, decorrente de erro/lapso na determinação de base de cálculo da cesta básica do período;
3. Exercício de 1990.
 - uso indevido de crédito fiscal no valor total de CR\$13.731.979,67;
 - diferença de ICMS substituto a recolher no valor total de CR\$12.678.418,90;
 - diferença de ICMS substituído a recolher no valor de CR\$35.247,35;
 - falta de estorno de crédito, no valor de CR\$40.638.686,34, decorrente do prejuízo apresentado na Conta de Mercadoria Tributada;
 - diferença de ICMS a recolher, no valor de CR\$13.701,98, apurada através da auditoria da Conta Corrente do ICMS;

- ICMS a recolher no valor de CR\$87.556,48, relativo ao mês de março, decorrente da divergência existente entre o valor do débito escrito no Livro RSM e o transcrito para o Livro RAICMS;
 - Crédito fiscal inidôneo, no valor total de CR\$316.500,00, inerente ao mês de dezembro, destacado em nota fiscal de contribuinte com inscrição estadual cancelada;
 - Falta de recolhimento do ICMS devido no valor de CR\$17.093.800,47, decorrente de lapso na determinação da base de cálculo da Cesta Básica, no período;
4. Exercício de 1991.
- uso indevido de crédito fiscal no valor total de CR\$91.365.197,07;
 - uso de crédito inidôneo, no valor de CR\$633.730,00, destacado em documento fiscal emitido por contribuinte com inscrição estadual cancelada;
 - recolhimento a menor/falta de recolhimento do ICMS substituto no valor de CR\$111.282.992,31;
 - falta de recolhimento do ICMS devido no valor de CR\$22.958.417,95, decorrente de lapso na determinação da base de cálculo da Cesta Básica, no período.

O autuado, às fls. 21/22, foi intimado à tomar conhecimento da reconstituição do PAF pela PROFAZ, nos termos do art. 119 do RPAF/BA, onde reabriu-se o prazo de trinta dias para que se manifestasse, querendo, na forma do art. 123 do RPAF.

Através de seu advogado devidamente habilitado, o sujeito passivo apresenta suas razões de defesa, às fls. 25 a 47 dos autos, onde alega:

1. da impossibilidade de aplicação de multa à empresa concordatária, nos termos do art. 112 do CTN c/c o art. 23, § único, III, da Lei de Falências;
2. do caráter confiscatório da multa imposta ao contribuinte;
3. da nulidade/improcedência da autuação, pois a autuante não cuidou de demonstrar os fatos, um a um, com clareza e precisão, de modo a proporcionar que o autuado oferecesse impugnação específica rechaçando a improcedência do lançamento tributário. Entende que o Auto de Infração e o Termo de Fiscalização refletem um amontoado de palavras desconexas mas “sempre fazendo a ilusão a demonstrativos que teriam sido elaborados”, os quais não foram fornecido cópias ao autuado, o que tira toda a possibilidade do exercício ao direito de defesa plena e do contraditório. Assim, requer a nulidade do Auto de Infração.
4. No mérito, apesar da impossibilidade de detectar os fatos na sua inteireza, salvo algumas exceções, o sujeito passivo tece as seguintes razões:
 - Quanto ao suposto não recolhimento do ICMS antecipado, quando da aquisição interestadual de charque, em novembro de 1987, através da nota Fiscal, C-1, n.º 371, no valor de CR\$154,23, bem como da utilização indevida do crédito fiscal no valor de CR\$143,10, aduz que não é usuário de máquina registradora, tratando-se de estabelecimento matriz da empresa, com atividade de central de abastecimento das diversas lojas, sendo a antecipação do imposto ilegal, assim como a vedação ao crédito fiscal destacado no documento fiscal, ofendendo o princípio da não-cumulatividade do tributo. A seguir passa a aduzir que todas as saídas realizadas através de máquinas registradoras, bem como as acobertadas com a emissão de notas fiscais, quer se trate de mercadorias isentas ou não tributadas, entende-se como tributáveis, conforme previa o art. 230, §1º, II, do RICMS aprovado pelo Dec. n.º 2.460/89. Assim, entende que a não apropriação dos créditos fiscais do ICM e ou ICMS devidos pelo fornecedor ou retido na fonte, resultaria numa flagrante violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade, o que fere a própria norma plasmada no Código Tributário. Conclui que tais argumentos se prestam plenamente para as pretensões contidas no Termo de Encerramento de Fiscalização, relativamente aos itens: I, II e III de 1989; I, II e III de 1990; e I, II, III e IV de 1991, dada a absoluta identidade, ou seja a suposta vedação aos créditos fiscais referentes às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.

- Outro ponto a ser questionado diz respeito à alegação de que o autuado teria promovido saída de mercadorias com valor inferior ao da compra, sem que houvesse procedido ao estorno do crédito. Entende que a autuante não esclarece como chegou a tal conclusão. Questiona as mercadorias que teriam sido comercializadas com preço abaixo do custo e onde estaria a proibição legal de se promover vendas abaixo do custo.
- Contesta também a acusação de que teria comercializado mercadorias tributadas com prejuízo, ao passo que as mercadorias tidas como Cesta Básica teriam sido comercializadas com lucros estratosféricos, nos exercícios de 1989, item V; 1990, item VIII e 1991, item IV, acarretando em arbitramento da base de cálculo, do que conclui que ocorreu imposição de tributação sem base de cálculo e fundada em mera suposição, o que é vedado pelo Direito.
- Também questiona a vedação do direito ao crédito do ICMS incidente sobre telecomunicações, energia elétrica e transporte intermunicipal e interestadual, em frontal testilha com o art. 94, III, do RICMS e ao próprio princípio da não-cumulatividade.
- Por fim, quanto a glosa indevida dos créditos fiscais relativas às aquisições de mercadorias através de notas fiscais emitidas por empresas com inscrições canceladas, defende-se alegando que não ficou demonstrado que entre as partes havia trama, combinação, conchavo, o que, por hipótese, legitimaria a glosa pretendida. Entende que o fisco pretende responsabilizar terceiros de boa-fé, valendo-se de suas próprias mazelas, contra direito líquido e certo dos contribuintes. Assevera que adquiriu, efetiva e regularmente, das empresas tidas como inidôneas, as mercadorias constantes das notas fiscais, cujos créditos nelas destacados foram regular e devidamente apropriados, cujos documentos preenchiam todas as exigências legais e não apresentam qualquer irregularidade, sendo portanto idôneos.

Assim, requer que o Auto de Infração seja julgado totalmente Nulo ou Improcedente, caso contrário, o embargante requer a exclusão da multa imposta à peticionante, requerendo também a prova técnica pericial, cujos quesitos e indicação do assistente técnico, só poderão ser apresentados na hipótese de serem exibidos os demonstrativos dos levantamentos fiscais.

A autuante, em sua informação fiscal, à fl. 77, ressalta que a atual defesa apresentada, afora as alegações a respeito do processo de Concordata Preventiva em curso na 17ª Vara Cível e Comercial de Salvador, concedida em novembro de 1998, é cópia da defesa inicial apresentada nos idos de 1993. Destaca que a autuação ocorreu em novembro de 1992. Assim, ratifica todo o procedimento fiscal adotado à época da apuração das ocorrências, bem como a informação fiscal prestada, cópia às fls. 7 a 10 do PAF reconstituído, quando da defesa inicial apresentada, onde restou configurado serem inidôneas as alegações de que “o Autuante não se dignou a oferecer cópias à Autuada e não está colacionando ao PAF” (fl. 38), os demonstrativos e memórias de cálculos, quando à fl. 7 deste processo temos a prova de que todos os demonstrativos foram entregues, no dia 01/12/1992, ao representante do autuado que assina o recebimento do Auto de Infração, bem como, temos consignado, no Anexo do Auto de Infração, que a exigência fiscal embasada nos livros e documentos fiscais do contribuinte está: “tudo conforme Termo de Encerramento de Fiscalização anexo e 130 fls. de Demonstrativos, documentos, relatórios e informativos, papéis de trabalho e notas fiscais, em xerox, que integrarão o presente Processo Administrativo Fiscal.

NOTA: Demonstrativo com cópia para contribuinte.”

Assim, indaga como pode o autuado alegar cerceamento de defesa de um processo onde foram anexados 130 documentos probatórios, tendo recebido cópia dos mesmos, e, ainda mais, o mesmo ficou à sua disposição para exames e manuseio por 30 dias na Inspetoria Fiscal. Por fim, ratifica mais uma vez todo o procedimento adotado.

Em 26/08/03, considerando ser substancial para o entendimento e consequente julgamento das acusações a análise dos documentos embasadores das mesmas, acordaram os membros desta 2ª JJF enviar o PAF à INFRAZ Bonocô, no sentido da autuante intimar o autuado a apresentar os

livros e documentos fiscais, os quais devem ser guardados até decisão definitiva da lide, com o objetivo de anexar os documentos e elaborar os demonstrativos em que se fundamentam as infrações.

À fl. 82 dos autos, a autuante informa que inicialmente tentou, sem sucesso, junto ao representante do autuado, Dr. Sérgio Couto (o qual subscreveu as razões de defesa em 07/02/2001, conforme procuração à fl. 50 dos autos), através de e-mails datados de 30/09/03 e 09/10/03 (fls. 83/85). Em seguida, aduz que após várias tentativas, conseguiu contato através de telefone, o qual indicou como local para intimação o arquivo da empresa, localizado à rua Nilo Peçanha, n.º 76, Calçada, na pessoa da Srt^a Nilda A. Silva (fl. 88). Efetuada a intimação, conforme fl. 84, esta não foi atendida, uma vez que os documentos não foram apresentados, bem como não foi prestada, por escrito, a justificativa para o não atendimento da mesma. Assim, após diversas tentativas, foi expedida intimação via AR, através INFRAZ Iguatemi, inclusive via SEDEX, porém, sem obter retorno da correspondência enviada. Finalmente, em 12/12/03, após contatar com o Gerente do ECT, foi expedida nova intimação com pleno êxito (fls. 91/94). Paralelamente, no dia 17/11/03, foi procedida intimação via Edital, o qual foi publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 22/23 de novembro de 2003 (fl. 90).

Assim conclui a autuante pela impossibilidade de atender a diligência solicitada pelo CONSEF, no sentido “de anexar os documentos e elaborar os demonstrativos...”.

VOTO DO RELATOR DA 2^a JUNTGA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA
[...]

“Da análise das peças processuais, observa-se tratar de um processo administrativo fiscal o qual encontrava-se extraviado e por isso foi o mesmo reconstituído através das cópias do Auto de Infração e seu Demonstrativo de Débito, do Termo de Encerramento de Fiscalização e da Informação Fiscal prestada pela autuante, à época. Constata-se também que o referido lançamento, lavrado para exigir o ICMS no montante de CR\$313.233.466,44, reporta-se a diversas infrações relativas aos exercícios de 1987, 1989, 1990, 1991 e 1992.

O autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, inicialmente argüi a impossibilidade da aplicação de multa à empresa concordatária, como também seu caráter confiscatório, além de cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que os fatos não foram devidamente demonstrados com clareza e precisão, fazendo alusão a demonstrativos os quais não foram fornecidos ao contribuinte. Assim, requer a nulidade do Auto de Infração. Já no mérito, entende ter direito ao uso do crédito fiscal, quando das aquisições das mercadorias, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do tributo; que a acusação de comercialização de mercadorias da Cesta Básica com lucros estratosféricos, em detrimento às mercadorias tributadas, é mera suposição, sendo o decorrente arbitramento da base de cálculo ilegal, e por fim, que a glosa dos créditos fiscais em razão de fornecedores com inscrições canceladas é de responsabilidade do fisco, pois efetivamente adquiriu tais mercadorias com notas fiscais idôneas, pois preenchiam todas as exigências legais e não apresentavam qualquer irregularidade.

De pronto, observa-se que a contenda existente, relativo ao PAF, como já dito reconstituído, e, nesta condição carente das provas documentais, dentre as quais os demonstrativos esclarecedores das infrações nele apontadas, não pode nem deve ser definida sem que recuperasse os citados elementos embasadores das acusações fiscais. Neste sentido, foi determinada uma diligência para que a autuante refizesse o procedimento fiscal, oportunidade que teria para novamente elaborar os referidos demonstrativos elucidadores das infrações consignadas no Auto de Infração.

Deve-se ressaltar que os livros e documentos fiscais deverão ser conservados, quando relativos a operações objeto de processo pendente, até a sua decisão definitiva, consoante art. 144 do RICMS, aprovado pelo decreto n.º 6.284/97.

Assim, em razão das recusas das inúmeras tentativas, constantes dos autos, para que o autuado apresentasse a documentação necessária para o deslinde da questão, inclusive com intimação através de Edital, publicado no Diário Oficial da Bahia, todas as alegações de defesa tornam-se sem sentido, pois conforme art. 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa, inconformada com o decisão, impetrou o presente Recurso Voluntário, argüindo sinteticamente:

Que apesar de todos os argumentos suscitados na peça de defesa inicial, infelizmente a 2^a Junta de Julgamento Fiscal não refletiu através do Acórdão atacado, o melhor entendimento sobre a matéria, decidindo absurdamente pela procedência da autuação.

Na decisão exarada, entendeu o Douto Julgador, que pelo fato de ter solicitado ao recorrente livros e documentos fiscais do período fiscalizado, para que se reconstituísse os demonstrativos, e devido a recusa de entrega pelo contribuinte, fica implícita a presunção de veracidade das infrações apontadas. Para tanto se escudou no RPAF.

Ocorre que a empresa não podia atender ao solicitado por não mais possuir os documentos e nem os livros, de forma que a impossibilidade de sua apresentação não pode ser entendida como presunção de veracidade das alegações da Fazenda Estadual.

Isto posto, o recorrente passa a tecer argumentos sobre cada uma das infrações, refutando especificamente cada argumento da decisão hostilizada com o intuito de comprovar a necessidade de reforma do julgado.

Em seguida, tenta demonstrar, transcrevendo artigos, a inocorrência das infrações imputadas à empresa, clamando pela improcedência do Auto de Infração em tela.

1. Da impossibilidade de aplicação de multa em empresa concordatária, face a interpretação do Art. 112, II, IV do CTN - Código Tributário Nacional c/c com o Art. 23, § único, inciso III, do Decreto-Lei nº 7.661/45 (lei das falências);
2. Apresenta transcrito decisões do STJ – Superior Tribunal de Justiça e do STF – Supremo Tribunal Federal que acredita vem corroborar com suas pretensões;
3. Traz ainda, em seu recurso, transcrito o Art. 150 e inciso IV da Constituição Federal de 1988, para afirmar que a multa imposta na lançamento e ratificada pela 1^a Instância é confiscatória e, sendo assim, fere diretamente o que rege a Carta Magna quanto à matéria.

Afirma que o Auto de Infração é nulo, pois o autuante não cuidou de demonstrar os fatos, um a um, com clareza e precisão, de modo que a defendant pudesse, conhecendo-os, oferecer uma impugnação específica rechaçando a improcedência do lançamento tributário.

Pelo contrário, o autuante foi totalmente vago e reticente na descrição dos fatos e infrações. O Termo de Fiscalização lavrado traduz um amontoado de palavras desconexas mas sempre fazendo alusão a demonstrativos, porém tais demonstrativos não foram apresentados ao recorrente e nem tampouco constam no Processo Administrativo Fiscal.

Por isso, reafirma que o Auto de Infração lavrado é NULO de pleno direito, por retirar da defendant toda a possibilidade do exercício ao direito de defesa plena e do contraditório, assegurados inclusive por outorga constitucional.

Em seguida, quanto ao mérito propriamente dito, nega veementemente o cometimento dos ilícitos fiscais, argumentando que as infrações citadas abaixo, são totalmente improcedentes.

1. Suposto não recolhimento do ICMS antecipado, quando da aquisição de charque, em novembro de 1997;
2. A promoção de saídas de mercadorias com valor inferior ao da compra, sem que houvesse procedido ao estorno de crédito;
3. A comercialização de mercadorias tributadas com prejuízo, ao passo que as mercadorias tidas como sendo da Cesta Básica teriam sido comercializadas com lucros estratosféricos, nos exercícios de 1989, item V; 1990, item VIII e 1991, item IV. Tendo sido procedido arbitramento da base de cálculo;
4. Vedação do direito ao crédito do ICMS incidente sobre telecomunicações, energia elétrica e transporte intermunicipal e interestadual, confrontando com o Art. 94, item III, do RICMS a ao próprio princípio da não-cumulatividade previsto na CF/88;
5. Refere-se à consideração de que o autuado teria adquirido mercadorias e se apropriado do correspondente crédito fiscal de empresas cujas inscrições estariam canceladas.

Por tudo que foi supra colocado, o recorrente, reiterando todos os termos da defesa e acrescentando os articulados nesta peça recursal, requer o provimento, reformando o Acórdão recorrido, para julgar totalmente improcedente o Auto de Infração guerreado.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 124 a 125, nos termos:

[...]

“ Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido. Em verdade, apesar do Recurso Voluntário devolver toda a matéria à 2^a Instância o único argumento articulado pelo contribuinte e ainda inapreciado pelo órgão julgador reside na questão da impossibilidade da entrega dos livros e documentos fiscais solicitados pelo fisco, dada a sua inexistência material.

Com efeito, o recorrente foi regularmente cientificado do início do procedimento de fiscalização tendo por obrigação zelar e guardar os livros e documentos fiscais relativos ao lançamento tributário pendente até a sua decisão definitiva, *ex vi* do Art. 144 do RICMS/Ba.

As infrações fiscais constatadas pelo autuante estão claramente tipificadas e descritas no termo de encerramento de fiscalização, não tendo o recorrente apresentado qualquer prova capaz de descharacterizar o acerto do procedimento fiscal.

Ante o exposto, o opinativo é pelo conhecimento e improvimento do recurso.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que o Recurso Voluntário apresentado pela empresa, praticamente fez retornar à lide as mesmas razões de defesa já argüidas quando da apresentação da peça impugnativa inicial, aquelas razões foram totalmente rechaçadas quando do julgamento em 1^a Instância, cuja transcrição consta do relatório que originou este voto. A bem da verdade, o único ponto novo (argumento) trazido no Recurso Voluntário é o que afirma da impossibilidade de o recorrente apresentar os livros e documentos fiscais solicitados pela fiscalização.

Observo que o Art. 144 do RICMS/Ba., exige que o contribuinte que estiver com processo pendente de decisão definitiva, tem por obrigação zelar e guardar os livros e documentos concernentes ao/s período/s que esteve em ação fiscal e que dessa ação tenha resultado em Auto de Infração, como é o do presente caso. Portanto, os argumentos recursais referentes a esta questão, são insubstancial para modificar o julgado.

No que se refere aos argumentos suscitados quanto à nulidade do Auto de Infração, não vejo como prosperar o anseio desejado, pois, o lançamento de ofício está dentro das regras constantes da legislação tributária baiana. Assim, os afasto totalmente.

Quanto aos demais argumentos de mérito apresentados, os mesmos não guardam nenhum fato que já não tenha sido motivo de análise da 1^a Instância julgadora, que derrubou todos os argumentos ofertados pelo contribuinte e consequentemente lavrou o Acórdão recorrido pela Procedência das acusações constantes da exordial.

Assim, concedo este voto pelo afastamento da nulidade suscitada, e no mérito declaro o Recurso Voluntário NÃO PROVÍDO, mantendo integralmente a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.^º 03010502/92, lavrado contra **CINTRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de Cr\$313.233.466,44, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre Cr\$297,33, prevista no art. 47, III, “b” e VIII, “a” da Lei nº 3.956/81, alterada pela Lei nº 4.675/86, 50% sobre Cr\$40.194.599,59, prevista no art. 61, II, “a” da Lei nº 4.825/89 e de 60% sobre Cr\$273.038.569,52, prevista no art. 61, III, “a” e “b”, e VIII, “a” e “b”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser convertido em moeda vigente.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE A. SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS