

A. I. N° - 03010502/92
AUTUADO - CINTRA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - GISLENE GUSMÃO DE LIMA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ CALÇADA)
INTERNET - 17.02.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0030-02/04

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/1992, fora reconstituído pela 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 escriturado 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 xeroxs, 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 conseqüente julgamento das acusações a análise dos documentos embasadores das mesmas, acordaram os membros desta 2ª JJF enviar o PAF à INFAZ 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 Srtª 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 INFAZ 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

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **03010502/92**, lavrado contra **CINTRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor 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, 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, 12 de fevereiro de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR