

A. I. N.º - 01981771
AUTUADO - COBIL - COMERCIAL BRUMALDENSE HILVANA
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 04/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0205-03/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO.** São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto. Infração comprovada. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** No caso de constatação de falta de escrituração nos livros fiscais e contábeis de notas fiscais de aquisição deve ser exigido o imposto por omissão de saídas. Infração subsistente. **4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE.** Constatando-se, em exercício aberto, diferenças de saídas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo. Adequação das multas referentes aos itens 3 e 4 por retroatividade benéfica da lei. Arguição de prescrição do lançamento de ofício rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/1993, reclama ICMS no valor de CR\$60.564,85, com aplicação das multas de 60% e 150%, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01: Recolheu a menos o ICMS devido por antecipação tributária, nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação, no valor de Cr\$20.533.563,32, relativos aos exercícios de 1990 a 1992 e CR\$23.221,29, correspondente ao exercício de 1993 com aplicação da multa de 60%.

Infração 02: Deixou de reter e consequentemente recolher na qualidade de sujeito passivo por substituição o ICMS devido relativo às saídas de mercadorias tributáveis destinado a contribuinte não inscrito no Cadastro do ICMS no valor de Cr\$2.087.980,59, com aplicação da multa de 60%. (Exercícios de 1991 e 1992).

Infração 03- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis caracterizada pela falta de registro na sua escrita fiscal das notas fiscais de n°s 965.250/965.251, no valor de Cr\$170.888,12. Consta na descrição dos fatos que o valor total das notas fiscais importou em Cr\$1.275.284,58, cuja TVA aplicada de 20%, e alíquota de 17%, resultou em ICMS devido no valor de Cr\$260.158,04, sendo deduzido o crédito fiscal no valor de Cr\$89.269,92, resultando em débito no valor de Cr\$170.888,12, com aplicação da multa de 150%.

Infração 04- Mercadorias encontradas no estoque do autuado, desacompanhadas de documentação fiscal apurada através de levantamento físico de estoques de mercadorias (exercício aberto), no valor de Cr\$41.551,18. Consta na descrição dos fatos que foi aplicada a TVA de 40%, e alíquota de 25% gerando ICMS a recolher no valor de CR\$14.551,18, com aplicação da multa de 150%.

Foi informado no corpo do Auto de Infração que o crédito ora reclamado foi transformado em cruzeiros reais na forma da medida provisória n° 366/93, representando CR\$60.564,85.

Trata-se de reconstituição de processo administrativo fiscal extraviado, trabalho realizado em conjunto pela SEFAZ e PGE/PROFIS, através de Comissão Especial de Reconstituição sob o n° 141456/2005-2.

A Procuradoria Geral do Estado através da Procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos (fl. 16), solicitou ao Inspetor da Infaz Brumado para que fossem efetuadas buscas e fornecidos no prazo de 15 dias, todos os documentos relativos ao presente processo, assim como prestadas as informações necessárias. Pedes, também, a busca de cópia do Auto de Infração e/ou Termo de Encerramento de Fiscalização junto ao Relatório de Atividades ou Relatório de Pontos do fiscal autuante, bem assim junto ao livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, escriturado pelo autuado.

Diz que na hipótese de não ser localizado qualquer documento apto a contribuir para a reconstituição do processo administrativo fiscal, requer que seja comunicado formalmente à Comissão de Reconstituição através de mensagem eletrônica, com vistas à instrução do referido processo.

O Inspetor Fazendário de Brumado informou à Profis que foi encontrada em poder da Auditora Fiscal autuante Geralda Inês Teixeira Costa a quarta via original do processo de n° 01981771, lavrado contra o autuado, contendo, inclusive o demonstrativo de débito e o Termo de Encerramento, em total de 05 páginas, procedendo ao devido encaminhamento (fl. 20).

A Profis com fundamento no artigo 119 e 120 do RPAF, intimou o contribuinte, informando que se encontrava sob reconstituição o presente PAF. Concedeu o prazo de 15 dias para que o autuado fornecesse todos os documentos e informações disponíveis relativos ao mencionado processo administrativo fiscal. Adverte que o silêncio do autuado, no prazo concedido, seria interpretado

como ausência de documentos e informações aptos a auxiliar no trabalho de reconstituição (fls. 27/30).

O autuado comunicou à Profis que os documentos requeridos constantes do presente PAF, não se encontravam mais na empresa, em razão da ocorrência de assalto onde bens e documentos desapareceram (fl. 32).

A Procuradora do Estado da Bahia, Maria Helena Cruz Bulcão, informou que o crédito tributário tratado neste processo, foi objeto da Ação Cautelar de Protesto de nº 771413-8/2005, ajuizada com o propósito de interromper possíveis prazos prescricionais em curso e de formalizar a intenção do Estado da Bahia de prosseguir na cobrança (administrativa ou judicial) dos referidos créditos, acostando aos autos extrato de consulta extraído do site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (fls. 34/35).

A Procuradora do Estado da Bahia, Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu o Parecer PGE/ PROFIS de nº 360/2006, dizendo que após superados os trâmites próprios do processo de reconstituição e juntadas aos autos cópias de todos os documentos quantos puderam ser localizados, deu por reconstituído o processo original, devendo retomar seu curso normal, na fase em que foi interrompido por força do extravio. Reproduz o §7º do artigo 119 do RPAF, informando que os extratos de informação constantes dos autos dão conta de que à época do extravio, o processo original se encontrava na situação de "revel", sendo, portanto o caso de reabrir o prazo de defesa. Aduz que o processo deve ser remetido à Infaz de origem, a quem incumbe intimar o contribuinte de que o processo de reconstituição foi concluído, concedendo o prazo de 30 dias para que, o autuado, querendo, efetue o pagamento do Auto de Infração ou apresente defesa. Assevera que se apresentada a impugnação é de se produzir informação fiscal e encaminhar o feito ao CONSEF, para julgamento, e havendo revelia deve ser lavrado o termo respectivo e enviado o processo à GECOB, para as providências relacionadas com a inscrição em Dívida Ativa. Conclui, solicitando a adoção das seguintes providências (fls. 40/41):

“1- devolva-se o presente processo à Comissão Especial de Reconstituição, para lavratura de termo de encerramento;

2- após, encaminhe-se o processo à Comissão de Digitalização e Microfilmagem, para as providências de sua alçada, nos termos do art. 10, da Ordem de Serviço CER nº 01, de 1º de agosto de 2005;

3- feito isto, o processo reconstituído seguirá à inspetoria fazendária de origem, para que, na forma do art. 119, § 7º, do RPAF, intime o contribuinte do encerramento do processo de reconstituição, e lhe reabra prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do auto de infração ou apresentação de defesa.”

À folha 42 foi lavrado o Termo de Encerramento de Reconstituição.

A Inspeção Fazendária de Brumado intimou o autuado para efetuar o pagamento do Auto de Infração ora discutido, ou apresentar defesa no prazo de 30 dias (fl. 44).

O impugnante à folha 46 requer cópia completa do processo reconstituído, em razão de não mais possuir a documentação correspondente.

O autuado apresenta impugnação à folha 48, dizendo que o processo de reconstituição diverge do processo original, vez que quando apresentou a defesa à época da lavratura do Auto de Infração nº 198177100 datado de 27/09/1993, apresentou, também, um DAE (Documento de Arrecadação Estadual) quitando parte do lançamento de ofício, e o saldo remanescente, trata-se de valor apurado intransigentemente pela auditora fiscal autuante, que sem fundamento legal considerou vendas a consumidor como de vendas a contribuinte não inscrito, cobrando a retenção do ICMS indevidamente. Salaria que além disso, grande parte das mercadorias constantes das notas fiscais estavam submetidas ao regime de substituição tributária, não estando mais sujeitas a

nenhuma tributação nas saídas, vez que o imposto já tinha sido pago na entrada das mercadorias. Finaliza, dizendo que diante dos fatos apresentados e principalmente em função da prescrição do débito, antes mesmo da Ação Cautelar de Processo nº 771413-8/2005, a empresa requer o arquivamento do processo de reconstituição nº 141456/2005-2, com base nos artigos 965 e 966 do RICMS-BA.

A autuante apresenta informação fiscal às folhas 51/54, dizendo que decorridos quase quatorze anos após a lavratura do Auto de Infração em lide, é quase impossível lembrar de como foi realizado o trabalho, uma vez que não tem mais nenhum demonstrativo dessa auditoria. Diz que conseguiu, por sorte, encontrar a informação fiscal desse processo, que poderá ajudar a esclarecer os fatos, e que analisou o processo reconstituído, a partir da cópia do Auto fornecida. Assevera que a afirmação contida no primeiro item da impugnação à fl. 48 de que há divergência entre o processo original e o reconstituído, uma vez que naquele havia um DAE de pagamento, e tendo em vista a declaração à fl. 32 de que o autuado não possui nenhum documento relativo ao Auto de Infração em apreço, afirma que a informação fiscal original acostada aos autos talvez possa esclarecer essa dúvida, pois, na referida informação há a resposta aos itens impugnados, bem como a afirmação, com provas, de que não foi reclamado ICMS sobre mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, como afirma a impugnante. Ressalta que o defendente alega ter sido cobrado o imposto "intransigentemente" pela auditora, apurando vendas a consumidor final como se fosse a contribuinte não inscrito, inclusive de mercadorias que já haviam sido objeto de Antecipação Tributária. Entende que o autuado afirma diversas vezes, nos autos, não mais possuir a documentação utilizada como suporte para realização da auditoria àquela época, e, por isso, não pode fazer uma afirmação desta natureza, mesmo porque, a empresa era e continua sendo conforme informação cadastral anexa, empresa atacadista que não vende para consumidor final. Quanto ao outro item impugnado especificamente o item II "b", da informação fiscal original, há um questionamento sobre a inexistência de provas no que diz respeito ao levantamento quantitativo de estoques. Diz que o defendente, não está disposto a contribuir para o esclarecimento dos fatos, e por isso, solicita que não seja apreciado o pedido de prescrição do débito suscitado pelo autuado. Acosta aos autos a informação fiscal original a qual transcrevo *ipsis literis*:

"I - Neste item a defesa se expressa muito bem quando diz: "afirmamos que todas as saídas de mercadorias destacadas nos talões de NF DI foram para consumidor final". Realmente trata-se apenas de uma afirmação, sem provas. Visto que, as listas de vendas anexadas à defesa (fls. 160 a 206 do presente PAF) nada prova contra a nossa autuação. Enquanto que a autuante apresenta vasta documentação provando que a autuada é uma empresa ATACADISTA (como pode ser verificado no dossiê fls. 46 do presente PAF); comercializa como tal, e não faz uma retenção, se quer, do ICMS na fonte. Para maior elucidação anexamos ao presente PAF (Fls. 42 a 45, 90 a 94, 128 a 132), uma pequena amostra das NFs DI, de vários períodos, onde pode ser observado uma grande quantidade de mercadorias que, normalmente, o consumidor final não ousa adquirir. Não colocamos todas as NFs. (cobradas) porque não era possível anexar a um processo cerca de 150 talões de NF. DI. Devemos esclarecer, ainda, que, não cobramos (neste item) ICMS referente às mercadorias objeto de antecipação tributária.

II-a) Em resposta ao contestado no item dois "a", devemos esclarecer que, todas as NFs. cuja TVA usada foi de 60% teria sido emitida por estabelecimento Industrial. (Fls 109 do PAF).

b) Neste alínea a defesa alega que não incluímos 100 cx de Vinho Dom Bosco, constante na NF. Nº 27004 de 28.01.93; emitida pela empresa Comercial Importadora Mercantil Paulista Ltda, no levantamento físico do estoque. E nós perguntamos, por que a autuada não juntou tal NF à defesa para ser analisada?!

Diante do exposto e de todas as evidências de que a defesa não tem fundamento legal, ratificamos o procedimento fiscal, requerendo que se julgue procedente o presente AI como é de

direito e JUSTIÇA"

A Procuradora do Estado da Bahia, Maria Helena Cruz Bulcão, elaborou despacho às folhas 60/61, discorrendo sobre o processo de reconstituição, e encaminhando-o à Secretaria do CONSEF para promover a distribuição do Auto de Infração em epígrafe para uma das Juntas de Julgamento Fiscal deste Estado.

VOTO

O Auto de Infração em lide reclama ICMS relativo quatro infrações à obrigação principal cujo encerramento da fiscalização e a conseqüente lavratura do lançamento de ofício ocorreu em 27/09/1993, relativo aos exercícios de 1990 a 1993.

Da análise das peças processuais verifico que se trata de reconstituição de processo administrativo fiscal extraviado, em que a Procuradoria do Estado da Bahia (PGE/PROFIS), nos termos do artigo 119 e 120 do RPAF procedeu à devida restauração.

O referido trabalho de reconstituição foi realizado em conjunto pela SEFAZ e PGE/PROFIS, através de Comissão Especial de Reconstituição sob o nº 141456/2005-2.

Observo, ainda, que o autuado comunicou à Profis de que os documentos requeridos constantes do presente PAF, não se encontravam mais na empresa, em razão da ocorrência de assalto onde bens e documentos desapareceram (fl. 32). Diz, também, que o processo de reconstituição diverge do processo original, vez que quando apresentou a defesa à época da lavratura do Auto de Infração, apresentou, também, um DAE quitando parte do lançamento de ofício, e o saldo remanescente, trata-se de valor apurado sem fundamento legal, pois, a autuante considerou vendas a consumidor como de vendas a contribuinte não inscrito, cobrando a retenção do ICMS indevidamente. Salienta que, além disso, grande parte das mercadorias constantes das notas fiscais estavam submetidas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada.

A autuante, apresenta informação fiscal às folhas 51/54, dizendo que, decorridos quase quatorze anos após a lavratura do Auto de Infração em lide, é quase impossível lembrar de como foi realizado esse trabalho, uma vez que, não tem mais nenhum demonstrativo dessa auditoria, e acosta ao processo informação fiscal da época

Consultando aos autos, não acolho a alegação defensiva requerendo o arquivamento do processo com base no disposto nos artigos 965 e 966 do RICMS-BA, uma vez que a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 05 anos contados da data da sua constituição definitiva, que no caso em apreço, ainda não ocorreu tendo em vista que tal situação se dá quando o lançamento não possa mais ser contestado administrativamente, ou seja, na hipótese de ocorrência do trânsito em julgado na esfera administrativa. Com efeito, não basta somente o lançamento, sendo ele suscetível de pagamento ou impugnação pelo sujeito passivo, o crédito a que o lançamento se refere não é definitivo antes de julgada a impugnação, se esta tiver sido oferecida no prazo legal.

Da análise das peças processuais observo que o sujeito passivo não trouxe ao processo as provas necessárias para elidir a imputação fiscal, nos termos do artigo 123 do RPAF/BA

Verifico, ainda, que o autuado na sua peça impugnatória, diz que não possui mais nenhum demonstrativo ou documento da auditoria realizada, para contrapor o levantamento fiscal realizado, e que os documentos requeridos constantes do presente PAF, não se encontravam mais na empresa, em razão da ocorrência de assalto onde bens e documentos desapareceram (fl. 32) e, portanto, a conversão do presente processo em diligência não iria esclarecer as alegações defensivas.

Todavia a multa aplicada para as infrações 03 e 04 no percentual de 150%, deve ser reduzida para o percentual de 70% em razão da alteração prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, III da Lei 7.014/96 devendo retroagir em benefício do autuado.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos conforme extrato do SIGAT, à folha 59.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **01981771**, lavrado contra **COBIL - COMERCIAL BRUMALDENSE HILVANA** no valor total de **CR\$60.564,85**, acrescido das multas de 60%, sobre CR\$45.842,79, e 70% sobre CR\$14.722,06, previstas no artigo 61, incisos II, alínea “d”, IV alínea “a” e V alínea “b” da Lei 4825/89, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos e convertido em moeda corrente no ato do pagamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA