

PROCESSO	- A.I. N° 279467.0003/03-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.
RECORRIDOS	- COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA. e FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0350-01/03
ORIGEM	- INFAC JEQUIÉ
INTERNET	- 05.12.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0637-11/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (AÇÚCAR). FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O RICMS/97 determina que o recolhimento do imposto, no caso em tela, seja antecipado, obrigatoriamente, na primeira Repartição Fazendária do percurso da mercadoria, no território deste Estado, condição esta repetida pela Portaria nº 270/93. O não cumprimento, pelo sujeito passivo, desta exigência legal e a ausência de regime especial para pagamento do imposto *a posteriori*, possibilita a exigência através de Auto de Infração. Infração comprovada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Na cobrança do imposto relativo ao item 1 já se encontra incluído o imposto pelo regime normal, já que se trata de mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária. Modificada a Decisão. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/5/03, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação tributária em operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo lançado imposto no valor de R\$ 21.561,04, mais multa de 60%;
2. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 40.856,10, com multa de 70%.

O autuado impugnou o lançamento suscitando como preliminar de nulidade o fato de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento da empresa autuado, conforme consta no corpo do próprio Auto, onde é dito que a lavratura ocorreu na Inspetoria de Jequié, o que demonstrava que o autuante não se deu o trabalho de fiscalizar a empresa em seu estabelecimento. Argumenta que a doutrina é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do Auto de Infração no local do estabelecimento fiscalizado, sendo ineficaz e inválida a sua lavratura na repartição fiscal, pois isso implica quebra da segurança jurídica e da própria seriedade que deve existir nas relações entre o fisco e o contribuinte e nos atos administrativos de campo da fiscalização. Considera que se deva evitar que sejam lavrados Autos "por correspondência", sem qualquer fiscalização, e enviados pelo Correio, com visível desprezo ao princípio do contraditório, pois durante as

diligências de fiscalização o contribuinte tem o direito sagrado de se fazer representar através de seu contabilista e, se necessário, também de seu advogado. Argumenta que, se o Auto é lavrado fora do estabelecimento, sem sequer serem pedidas explicações ou esclarecimentos por escrito acerca de eventuais falhas ou irregularidades, a quebra do contraditório é evidente. Considera tal requisito essencial para a validade do procedimento. Fala dos critérios que o fisco deve adotar ao formalizar a autuação. Sendo o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento não haverá auto, pois deixará de existir a constatação feita no momento indicado como se fosse "flagrante".

Quanto ao mérito, a defesa alega que, no tocante às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, originárias das empresas Central Açucareira Santo Antônio S.A., Usina Caeté S.A. e Laginha Agro Industrial S.A., com destino ao estabelecimento do autuado, consta que as citadas mercadorias foram descarregadas e entregues no Estado de Sergipe pelos próprios transportadores, conforme declarações anexas, e, por conseguinte, se as mercadorias não foram comercializadas no Estado da Bahia, logicamente não houve prejuízo algum para o fisco baiano. Assegura que não recebeu as mercadorias, pois estas saíram de Alagoas e ficaram em Sergipe. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O fiscal autuante prestou informação observando que o Auto de Infração pode ser lavrado na repartição fiscal, nos termos do art. 39, § 1º, do RPAF. As Notas Fiscais objeto da ação fiscal foram colhidas através de uma operação realizada pela Inspetoria do Trânsito. As referidas Notas não foram escrituradas no Registro de Entradas da empresa. As mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária. Assinala que, embora a defesa faça referência a declarações que teriam sido prestadas pelos transportadores, dando conta de que as mercadorias teriam sido entregues no Estado de Sergipe, tais declarações não foram juntadas ao processo. Conclui informando que os documentos em questão foram oriundos do Posto Fiscal Curitiba, no Estado de Sergipe, em atendimento a solicitação da Inspetoria do Trânsito.

VOTO VENCIDO DO RELATOR DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

"Há uma preliminar a ser examinada: o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento.

Ao contrário do que disse o autuado, ao insinuar que o auditor não teria estado em seu estabelecimento, constam nos autos cópias do Registro de Entradas da empresa. Isso indica que houve contato pessoal do fiscal com o contribuinte. Foi lavrada intimação para apresentação de documentos (fl. 37). Também foi lavrado Termo de Início de Fiscalização (fl. 38), que, certamente, foi transcrita no livro de ocorrências, como manda a legislação. O Auto de Infração é lavrado no local onde é apurado o fato. Se a conclusão dos trabalhos se deu na repartição, é legal a lavratura do instrumento em seu recinto. Arguição sem fundamento.

Quanto ao mérito, observo que as Notas Fiscais não escrituradas no Registro de Entradas não foram colhidas pelo CFAMT. Não ficou muito claro nos autos de que modo as vias dos documentos em questão chegaram às mãos do fiscal, pois apenas é dito por este, na informação prestada, que os documentos foram oriundos do Posto Fiscal Curitiba no Estado de Sergipe.

Na verdade, pelo que sei, a denominação do referido posto fiscal não é Curitiba, mas Curituba, localidade do município de Canindé do São Francisco, perto da barragem de Xingó, na fronteira entre Alagoas e Sergipe, a pouca distância do local onde mataram Lampião.

Analizando as cópias dos documentos às fls. 8 a 19, observo que se trata das 1^{as} vias. As 1^{as} vias, como é do conhecimento de todos, são aquelas que dão curso às mercadorias. Se as 1^{as} vias se encontram retidas num posto fiscal de outro Estado, não é lógico concluir que as mercadorias tenham vindo para a Bahia. O destinatário indicado nos documentos – a

empresa oro autuado – é estabelecido em Jequié, na Bahia. Não vejo como mercadorias desacompanhadas das 1^{as} vias dos documentos fiscais, já que estes foram retidos pelo fisco de Sergipe, poderiam passar pelos demais postos fiscais do Estado de Sergipe, penetrar na Bahia e praticamente atravessar todo este Estado, sem serem interceptadas nas diversas barreiras fiscais do percurso.

As Notas Fiscais são todas elas emitidas por usinas de açúcar do Estado de Alagoas. É evidente que há algo de errado nessas transações, haja vista não fazer sentido que mercadorias saídas de São Miguel dos Campos e Coruripe, no litoral de Alagoas, com “destino” a Jequié, na Bahia, em vez de seguir em linha reta pela BR-101, passando por Propriá, onde há uma ponte sobre o Rio São Francisco, sigam um itinerário esquisito, que implica praticamente o dobro do percurso, através do extremo oeste de Alagoas, atravessando o rio por balsa. Porém, seja qual for a natureza da trama, é improvável que o destino efetivo das mercadorias fosse o autuado, estabelecido em Jequié, na Bahia.

Chego a esta conclusão em face das indicações constantes nestes documentos e nas circunstâncias que envolvem os fatos. As Notas Fiscais em questão foram carimbadas num só dia, 18/3/03, no Posto Fiscal de Xingó, Estado de Alagoas. Os aludidos documentos contêm as etiquetas adesivas com o código de barras apostas pelo fisco de Sergipe. As cópias acostadas aos autos foram tiradas em face das 1^a vias. Isto conduz a três considerações. Primeira: os documentos fiscais são emitidos com cópias para o fisco de origem e o fisco de destino, não havendo cópia para o fisco dos Estados intermediários. Segunda: se o fisco de Sergipe (Estado intermediário neste caso) tirou cópias para fornecer ao fisco da Bahia porque as 1^{as} vias foram apreendidas pela fiscalização daquele Estado, deduz-se que as mercadorias foram também apreendidas, pois não teriam como circular sem documentos fiscais. Terceira: se o fisco de Sergipe tirou as cópias das 1^{as} vias e devolveu os documentos ao transportador para que este seguisse viagem, ao passar pelos postos fiscais da Bahia as vias reservadas ao Estado de destino foram retidas para ser feita, no momento oportuno, a verificação de sua regularidade ou não na escrita do destinatário. A Bahia tem o seu sistema de controle de Notas Fiscais colhidas no trânsito de mercadorias, que é um sistema reconhecidamente eficiente. Não posso aceitar os documentos anexos ao presente Auto como prova de que as mercadorias ingressaram na Bahia e chegaram ao estabelecimento do autuado.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

VOTO VENCEDOR DA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Data vénia, discordo do ilustre relator. A matéria da infração 1 diz respeito à falta de pagamento do imposto por antecipação tributária. Não havendo Convênio ou Protocolo entre os Estados Federados que indique como responsável tributário o remetente de mercadorias, e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária, cabe ao seu adquirente, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) decorrente da operação comercial realizada. O prazo do seu recolhimento consta determinado em regulamento. No caso presente e específico é aquele determinado no art. 125, inciso II, alínea “c” do citado Regulamento, ou seja, a mercadoria foi eleita pelo Secretário da Fazenda no rol daquelas que devem ter o imposto recolhido antecipadamente quando entrarem no território baiano. É por isto que o art. 1º da Portaria nº 270/93, de forma clara, expressa que o contribuinte fica obrigado a antecipar o recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, no território deste Estado.

No caso, o autuante de posse de cópias das primeiras vias das notas fiscais emitidas pelas empresas Central Açucareira Santo Antonio S/A, Usina Caeté S/A e Laginha Agro Industrial S/A, entregues ao Estado da Bahia pela fiscalização do Estado de Sergipe, mediante solicitação através documento às fls. 32 e 33, intimou o contribuinte a apresentar o livro

Registro de Entradas de Mercadorias e documentos de arrecadação estadual – DAEs. De posse da documentação, constatou a não escrituração dos Documentos Fiscais nºs 133938, 133936, 133937, 133944, 133945, 133943, 04728, 04729, 40768, 40769, 40770 e 40771 e a falta de recolhimento do imposto por antecipação. Lavrou o Auto de Infração.

O impugnante em sua defesa alega que os documentos autuados acobertaram mercadorias que não chegaram ao Estado da Bahia. Foram descarregadas e entregues no Estado de Sergipe pelos transportadores, desta forma, entendeu não haver prejuízo ao Erário Baiano já que aqui não comercializadas. Não aceito tal argumento. Em primeiro lugar, este fato não ficou em momento algum comprovado, observo, inclusive, que é o próprio sujeito passivo o transportador indicado na maioria dos documentos fiscais emitidos e objeto da lide. Em segundo lugar, se os transportadores, internalizaram, em outro estado, mercadorias adquiridas por contribuinte deste Estado sem seu consentimento, este caso é de uma ação policial e judicial, que neste momento não cabe ser discutida. E, em terceiro lugar, se houve a entrada simbólica (pois operação realizada) de mercadoria no estabelecimento autuado já que nele não adentraram fisicamente, seguindo direto do vendedor, em Alagoas, para cliente do impugnante em Sergipe, o procedimento legal, para comprovar o fato, não foi seguido, ao teor dos arts. 411 a 414, do RICMS/97.

Data vénia, discordo do posicionamento do relator ao dizer não ser lógico concluir que as mercadorias tenham vindo para a Bahia pelo fato de ter sido apresentada cópias reprográficas das 1^{as} vias pelo Fisco do Estado de Sergipe, já que não existe nos autos a comprovação de que as mercadorias indicadas nos documentos fiscais acima citados tenham sido internalizadas naquele Estado, ou que o autuado não tivesse efetivamente adquirido as mesmas. Este raciocínio baseia-se em um roteiro utilizado pelo autuado para transportar suas mercadorias adquiridas, ou seja, uma presunção sem embasamento material para confirmá-lo. O que se comprovado estaria em desacordo com as normas regulamentares como acima explicitadas. Observo que o próprio relator reconhece ser evidente a existência de algo errado nessas transações, o que só confirma o meu posicionamento em relação ao fato.

Além do mais, se o Fisco do Estado de Sergipe, Estado intermediário da operação, tirou cópias da primeira via dos documentos fiscais isso não prova de que as mercadorias não tivessem chegado ao seu destino, ou seja, internalizadas no estado da Bahia. Ressalto, inclusive, que o autuado não alegou que as mercadorias tivessem sido apreendidas e retidas no Estado de Sergipe.

Diante do exposto, a infração está caracterizada.

No tocante a infração 2, o autuante exigiu imposto por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, pela não escrituração das notas fiscais, que foram objeto da cobrança do imposto por antecipação. Neste sentido, entendo que na exigência do imposto por antecipação, neste caso, cobrado na infração anterior já contempla esta infração, haja vista que se trata dos mesmos documentos fiscais que o autuante entendeu ser devido o imposto por presunção de que tivesse havido saídas anteriores sem a emissão de documento fiscal e por antecipação tributária. Descabe a exigência do imposto relativo a este item.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude do Estado da Bahia ter sido

sucumbente em parte no julgamento que exarou o Acórdão 1ª JJF nº 0350-01/03, pela Procedência em Parte do Auto de Infração em lide.

Recurso Voluntário – devidamente intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 0350-01/03, pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, a empresa inconformada com o supra Decisão retorna aos autos apresentando contra-razões aos argumentos utilizados pela 1ª Instância conforme documento de fls. 63 e 64. Na peça recursal a empresa repete os mesmos argumentos contidos na sua defesa impugnativa do feito, neste relato reproduzidos de maneira sintética.

- a) A autuação é nula, pois o contribuinte não deve imposto por antecipação tributária, posto que as referidas mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento.
- b) Que as notas fiscais que fundamentaram a autuação, são as 1^{as} vias e foram colhidas no posto fiscal de Curituba/Sergipe, seria então impossível que estas mercadorias seguissem até Jequié/Ba., sem documento fiscal.

Por tudo exposto, requer que o julgamento declare NULO o procedimento fiscal.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fl. 72, nos seguintes termos:

[...]

“Afirma a PGE/PROFIS que os argumentos apresentados no Recurso Voluntário já foram trazidos na defesa inicial e rechaçados pelo julgamento realizado em 1ª Instância, os quais não tem o poder de modificar a Decisão guerreada, a qual está correta e proferida com embasamento legal, efetivamente o entendimento do relator do voto vencido não pode prevalecer. O fato é que as notas fiscais de posse da fiscalização do estado da Bahia, foram verificadas na escrita fiscal di destinatário em Jequié, neste estado e lá não foram registradas, sendo mercadorias enquadradas na portaria 270, que tem o imposto recolhido antecipadamente na primeira repartição fazendária do percurso, cabe a autuação em julgamento.]

Concordamos com o entendimento da relatora do voto vencedor e entendemos que as razões de Recurso não são capazes de modificá-los, devendo o mesmo não ser provido”.

VOTO (VENCIDO QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO)

Dado ao exame dos documentos acostados ao processo Administrativo Fiscal, constatei que o Recurso de Ofício não merece ser modificado pelos fundamentos esposados no voto vencedor e substanciado pela Decisão exarada no Acórdão recorrido.

No tocante ao Recurso Voluntário, entendo como correto o entendimento da relatora do voto vencedor e muito bem ratificado pelo Parecer da PGE/PROFIS que tomo como parte integrante deste voto e transcrevendo os parágrafos 3 e 4 por serem decisivo para à lide:

“Afirma a PGE/PROFIS que os argumentos apresentados no Recurso Voluntário já foram trazidos na defesa inicial e rechaçados pelo julgamento realizado em 1ª Instância, os quais não tem o poder de modificar a Decisão guerreada, a qual está correta e proferida com embasamento legal, efetivamente o entendimento do relator do voto vencido não pode prevalecer. O fato é que as notas fiscais de posse da fiscalização do estado da Bahia, foram verificadas na escrita fiscal di destinatário em Jequié, neste estado e lá não foram registradas, sendo mercadorias enquadradas na Portaria nº 270, que tem o imposto recolhido antecipadamente na primeira repartição fazendária do percurso, cabe a autuação em julgamento.”

Concordamos com o entendimento da relatora do voto vencedor e entendemos que as razões de Recurso Voluntário não são capazes de modificá-los, devendo o mesmo não ser provido”.

Assim, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário, para

manter a Decisão recorrida integralmente.

VOTO VENCEDOR (QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO)

Discordo do relator do PAF somente quanto ao Recurso de Ofício.

O item 2 do Auto de Infração trata da presunção legal da ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributadas, decorrente de entradas não registradas, em conformidade com o que preconiza o art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96.

Penso que, no presente caso, a 1ª JJF laborou em equívoco ao absorver esta infração pela de nº 1, sob a alegação de que são os mesmos documentos fiscais que o autuante entendeu ser devido o imposto por antecipação tributária.

Ocorre que não está a se exigir o imposto sobre estas mercadorias, mas sobre aquelas vendidas anteriormente, sem documento fiscal (conforme a presunção autorizada por lei), que foram suficientes para o ingresso do recurso necessário para fazer frente ao pagamento das mesmas.

Assim, a minha conclusão é que a exigência contida o item 2 do Auto de Infração não se sobrepõe à infração 1 e deve ser restaurada, e o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279467.0003/03-8, lavrado contra **COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$62.417,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$21.561,04 e 70% sobre R\$40.856,10, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Recurso de Ofício

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins,.

VOTO (VENCIDO): Conselheiros (as): Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Nelson Teixeira Brandão e Carlos Antonio Borges Cohim da Silva.

Recurso Voluntário

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Ciro Roberto Seifert, Nelson Teixeira Brandão, Antonio Ferreira de Freitas e Ivone de Oliveira Martins.

VOTO (VENCIDO): Conselheiro: Carlos Antonio Borges Cohim da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR/VOTO (VENCIDO QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO)

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR (QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS