

A. I. N ° - 088313.0011/04-9
AUTUADO - LÍBANO ESTIVAS E CEREAIS LTDA.
AUTUANTE - NORMA LÚCIA AMARAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 22/02/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0029-01/05

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que a infração cometida foi a falta de antecipação tributária do ICMS nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação. **Infração insubsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** O autuado apresentou comprovantes de recolhimento de parte do imposto exigido, reduzindo o valor do débito. **Infração parcialmente subsistente. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Saldo credor da conta “caixa” indica que o autuado efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. **Infração caracterizada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

01. Deixou de proceder à retenção do ICMS, e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, referente às notas fiscais requisitadas do CFAMT que não foram apresentadas pelo autuado, anexadas a este processo, nos meses de janeiro, março, junho, e outubro a dezembro de 1999, julho e outubro de 2000, janeiro, agosto e dezembro de 2001, janeiro, fevereiro e setembro de 2002 e fevereiro, abril, agosto, setembro e dezembro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 5.947,84;
02. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, referente às notas fiscais requisitadas do CFAMT que não foram apresentadas pelo autuado, anexadas a este processo, nos meses de janeiro, março a setembro e dezembro de 1999, junho de 2000, janeiro, fevereiro e agosto de 2001, janeiro, fevereiro e abril de 2002 e janeiro, março, agosto e outubro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 2.369,55;
03. Omitiu saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, com base na documentação apresentada, bem como nas notas fiscais requisitadas do CFAMT que não foram apresentadas pelo autuado, anexadas a este processo, tendo o autuado informado que não efetua retirada de pró-labore e que os pagamentos são efetuados diretamente ao cliente em espécie ou com cheques de terceiros, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 1999,

janeiro a dezembro de 2000, março e maio a dezembro de 2001, janeiro a dezembro de 2002 e janeiro a junho, agosto, setembro e novembro de 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 234.641,47.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 1219 a 1223), na qual afirmou que a matéria de prova juntada ao Auto de Infração em comento tem como principal elemento um conjunto de listas de controle obtidas junto ao CFAMT, constando notas fiscais que ostentam os seus dados na identificação do destinatário sem que estejam registradas em sua escrita fiscal, e que o raciocínio que enseja a autuação se assenta na hipótese de que tais documentos acobertaram a circulação de mercadorias que teriam efetivamente chegado aos seus estoques, sendo posteriormente comercializadas sem o devido cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias.

Alegou desconhecer a existência de tais notas fiscais e que não integrou em suas atividades comerciais os produtos que acompanhavam, até porque não dispunha à época, e nem mesmo atualmente, de recursos financeiros para operar tais volumes, além do que, inobstante a firmeza dos dados constantes do CFAMT, tais dados são coletados durante a circulação das mercadorias e antes que cheguem aos seus destinos, sendo apenas indicativos que geram uma expectativa lógica razoável acerca do que pode ter sido o fato posterior, mas longe de provar a sua ocorrência.

Argumentou que a tese de omissão de tão vultoso volume de operações necessita de prova robusta que lastreie tal raciocínio, o que somente se faria mediante criteriosa auditoria dos estoques, tendo a autuante adotado uma vertente questionável baseada na desconsideração dos registros contábeis e fiscais constantes dos seus livros e demonstrativos e atribuindo-lhe os desembolsos para quitação dos valores respectivos às ditas notas fiscais, criando a aparência de “estouros de caixa” reiterados sistematicamente ao longo do período fiscalizado ensejando suposto fato gerador do ICMS na figura de omissão de receita.

Asseverou que sempre buscou se manter adimplente com seus deveres principais e acessórios, declinando a expressão fidedigna de suas operações comerciais em seus registros fiscais e contábeis, apesar da notável complexidade da legislação tributária, tanto no âmbito estadual quanto no federal, sendo inadequado desconsiderar tais registros em favor da tese rarefeita propugnada no Auto de Infração, a qual está amparada em mero indício, não em prova cabal.

Disse que também cuida de efetuar os recolhimentos tributários legalmente previstos, sendo improcedente a cobrança de valores retroativos que aludam à falta de recolhimento de ICMS por substituição, haja vista os valores terem sido recolhidos à época respectiva, nada restando em aberto concernente a tal legenda, conforme os DAE's que anexou (fls. 1226 a 1332), frisando que não pode ser responsabilizado por obrigações tributárias que não se provou terem decorrido de suas operações e que também devem ser examinados os registros fiscais e contábeis do período, os quais anexou (fls. 1334 a 1499).

Salientou que a tributação não poderia ocorrer da forma propugnada no Auto de Infração, mesmo que fossem admitidos e tributados tais “estouros de caixa”, vez que o cálculo demonstrado avança sobre a totalidade dos valores levantados, sendo necessário a exclusão dos valores tomados como base para cobrança do ICMS por substituição, sob pena de bi-tributação, pois a substituição encerra a fase de tributação dos produtos respectivos, não podendo haver nova cobrança de ICMS quando da saída de tais mercadorias. Requereu a improcedência da autuação ou, se não for este o entendimento, que sejam expurgados os valores já tributados por via da substituição tributária da base de cálculo do ICMS relativo à omissão de receita.

A autuante, em informação fiscal (fls. 1501 a 1503), disse que o autuado tentou sustentar que as mercadorias teriam circulado sem que efetivamente tivessem entrado em seu estabelecimento,

com a soma destoando do seu volume de negócios, e não verificou os documentos fiscais anexados ao processo, conforme prova sua alegação de que o Auto de Infração está baseado em relações do CFAMT, as quais estão acompanhados das notas fiscais correspondentes, no total de 1.179 documentos, todos emitidos para o autuado, com inscrição e endereço completo (fls. 101 a 417, 435 a 679 e 696 a 1215).

Afirmou que a compra com inscrição alheia configura crime comum, passível de queixa policial, com repercussão fiscal, e que o autuado não tomou nenhuma providência legal contra tais fornecedores ou quem entendesse suspeito. Asseverou que o levantamento quantitativo de estoques poderia ser um roteiro aplicável, mas o resultado seria igualmente contestado, que os levantamentos foram elaborados com base em documentos fiscais e não nas listagens do CFAMT, e que, apesar do autuado não ter tido conhecimento, realizou auditoria nas operações relativas às vendas fora do estabelecimento, constatando que toda a mercadoria saída para venda fora do estabelecimento retorna na mesma quantidade e valor, achando estranho que, praticamente o ano inteiro, um caminhão seja carregado todo dia e volte no fim da tarde completamente igual ao que saiu.

Argumentou que não é verdade que desconsiderou as escritas contábeis, mas que a escrita do autuado não é completa, pois foi intimado a prestar esclarecimentos e apresentou declaração de que o sócio tributário não faz retirada de pró-labore e que faz os pagamentos mediante dinheiro em espécie e cheques de terceiros, entendendo ser difícil acreditar que uma empresa estabelecida há tanto tempo utilize este tipo de expediente em suas transações financeiras em plena era da informática.

Reconheceu que o imposto relativo a algumas das notas fiscais anexadas pelo autuado em sua peça defensiva, as quais informou não terem sido apresentadas durante a fiscalização assim como os comprovantes, já estava pago, revisando os demonstrativos e as excluindo, reduzindo o valor de R\$ 3.719,66 na Infração 01 e o total do Auto de Infração para R\$ 230.921,81. Relatou que considerou os saldos de caixa da Declaração do IR (fls. 91 a 99), que são os mesmos apresentados pelo autuado em sua defesa (fls. 1334 a 1338), e que não tinha informado na declaração dizendo que não fazia transações bancárias.

Esclareceu que o trabalho foi elaborado com base na documentação apresentada (fls. 18 a 85) e mais as notas fiscais recebidas do CFAMT, que são em volume muito maior do que as escrituradas e apresentadas pelo autuado, e opinou pela procedência da autuação.

Após receber cópia da Informação Fiscal prestada pela autuante juntamente com o demonstrativo anexado (fls. 1504 a 1506), sendo concedido o prazo de 10 (dias) para que se manifestasse, o autuado apresentou nova impugnação (fls. 1510 a 1513), onde afirmou que não deixou de examinar atentamente os autos, não excluindo os documentos fiscais que dão lastro às listas do CFAMT em suas considerações quando se referiu às mesmas.

Alegou que não efetuou ato precedente, seja de natureza administrativa ou de provocação jurisdicional, acerca de tal questão porque não tinha conhecimento da existência das notas fiscais trazidas à colação pela autuante antes do Auto de Infração em tela, tampouco houve qualquer transtorno ou contratempo anterior que levasse o autuado a constatar a existência de tais documentos fiscais.

Disse que a autuante reconhece que o levantamento quantitativo de estoques poderia ser um roteiro aplicável, sem apresentar justificativa para não o ter utilizado, entendendo que deveria ter utilizado tal roteiro, explicando que seria o método mais preciso para verificar as supostas disparidades entre a escrituração das entradas e aquisições em volume superior ao declarado, não havendo qualquer óbice à realização de tal levantamento, tendo a autuante preferido utilizar a via

indireta de apuração, expondo seus cálculos a um maior risco de equívocos de natureza matemática e jurídica.

Transcreveu parte de sua defesa no tocante ao seu entendimento de que haveria bi-tributação, caso os valores relativos à substituição tributária não fossem excluídos da exigência referente à omissão de receita.

Argumentou que a menção a uma ação fiscal sigilosa fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, requerendo que sejam expurgados dos autos quaisquer menções ou referências a tais elementos, inclusive as efetuadas pela autuante em sua peça informativa, sob pena de nulidade, e que a autuante desconsiderou a sua escrita contábil ao reputar a mesma incompleta e adotar outros métodos de cálculo, dissipando a credibilidade dos demonstrativos contábeis que lhe foram apresentados e os substituindo por dados obtidos em suas próprias perscrutações matemáticas.

Asseverou que a autuante reconheceu excesso de tributação em R\$ 3.719,16, deixando de mencionar que a sua repercussão nos cálculos de multas e acréscimos moratórios também deve ser excluída, e que deixou de abordar o tema do *bis in idem* referido na sua peça defensiva. Requereu a improcedência da autuação ou, se não for este o entendimento, que sejam expurgados os valores já tributados por via da substituição tributária da base de cálculo do ICMS relativo à omissão de receita, além do valor mencionado acima.

VOTO

O presente processo imputa ao autuado as infrações de ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, e de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, bem como de ter omitido saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, com base na documentação apresentada e nas notas fiscais requisitadas do CFAMT que não foram apresentadas pelo autuado.

O autuado requereu que sejam expurgados dos autos quaisquer menções ou referências a uma ação fiscal realizada pela autuante em relação às vendas efetuadas fora do estabelecimento, da qual não teve conhecimento, sob pena de nulidade, por ferir o princípio do contraditório e da ampla defesa. Ressalto que esta ação não tem qualquer relação com a autuação em tela, motivo pelo qual não está sendo levada em consideração, não configurando nulidade da autuação.

Na Infração 01, relativa à falta de retenção do ICMS, e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, a autuante relaciona diversas notas fiscais referente às aquisições de açúcar nos Estados de Sergipe, Alagoas e Rio de Janeiro como prova do cometimento da infração. Inicialmente, devo esclarecer que tal infração só pode ser atribuída ao remetente das mercadorias, nunca ao adquirente, o qual apenas poderia ser responsável pela antecipação tributária quando a mercadoria for oriunda de unidades federadas que não possuam acordo interestadual com o Estado da Bahia.

No caso em tela, o Estado da Bahia só possui acordo interestadual para a substituição tributária de açúcar com o Estado do Rio de Janeiro, devendo o imposto ser exigido do remetente. Contudo, o autuado apresentou a comprovação do pagamento do imposto em relação às Notas Fiscais n^{os} 4.359, 10.576, 2.231, 695, 8.610, 8.612, 9.139, 9.140 e 11.483, oriundas do Estado do Rio de Janeiro, só restando sem comprovação as Notas Fiscais n^{os} 1.994, 4.423 e 2.605, todas do exercício

de 1999, sobre o qual já se operou a decadência, e a Nota Fiscal nº 8.275, emitida pela empresa Tubbies Comércio Mercantil e Transportes Ltda., CNPJ 03.232.033/0001-55, em 30/08/2001, a qual deve ser encaminhada à IFEP METRO.

Quanto às aquisições de açúcar nos estabelecimentos situados nos Estados de Sergipe e Alagoas, com os quais o Estado da Bahia não possui acordo interestadual, sendo o destinatário responsável pelo pagamento do imposto relativo à antecipação tributária, verifico que o autuado apresentou a comprovação do pagamento do imposto em relação às Notas Fiscais nºs 15.781, 18.223, 2.068 e 41.868, restando sem comprovação a Nota Fiscal nº 14.849, do exercício de 1999, sobre o qual já se operou a decadência, e as Notas Fiscais nºs 11.653, 11.831, 17.294 e 27.728, emitidas pela empresa Cia. Açucareira Usina João de Deus, CNPJ 12.214.128/0001-37, em 20/10/2000, 28/10/2000, 09/12/2001 e 22/02/2002, respectivamente, além da Nota Fiscal nº 91.027, emitida pela empresa Central Açucareira Santo Antônio S/A, CNPJ 12.718.011/0001-90, em 06/01/2001.

Desta forma, entendo que a infração não está caracterizada, devendo ser realizado novo procedimento fiscal, a teor do art. 156 do RPAF/99, para que seja cobrado do autuado o imposto relativo à antecipação tributária das Notas Fiscais nºs 91.027, 11.653, 11.831, 17.294 e 27.728, mencionadas acima, além do encaminhamento da Nota Fiscal nº 8.275 à IFEP METRO, para que seja verificado o seu débito junto à empresa remetente, Tubbies Comércio Mercantil e Transportes Ltda., CNPJ 03.232.033/0001-55.

Quanto à Infração 02, entendo que o autuado é que deve provar que não realizou a aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais anexadas aos autos, pois constam os seus dados como o destinatário das mercadorias, devendo, caso assim entenda, ingressar com ação judicial contra os remetentes das mercadorias para recuperar o valor pago. Entretanto, constato que o autuado comprovou o pagamento do imposto relativo às Notas Fiscais nºs 164.080 e 172.676, devendo a infração ser reduzida para R\$ 96,53 no mês 06/2000 e R\$ 359,61 no mês 01/2003, sendo a infração parcialmente subsistente no valor total de R\$ 2.055,20.

No tocante à Infração 03, a constatação de saldo credor de caixa não se refere especificamente às notas fiscais não escrituradas, mas à omissão de receitas relativas a operações anteriores também não registradas que possibilitaram o pagamento destas mercadorias, além do que também foram levados em consideração as informações e os documentos fornecidos pelo autuado para elaboração dos demonstrativos que resultaram na apuração da infração, não havendo porque se falar em bi-tributação. Assim, o autuado não conseguiu elidir a infração, a qual está devidamente demonstrada, e, portanto, entendo que a mesma está caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 236.696,67, sendo insubsistente a Infração 01, parcialmente subsistente a Infração 02 no valor de R\$ 2.055,20, e subsistente a Infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088313.0011/04-9**, lavrado contra **LÍBANO ESTIVAS E CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 236.696,67**, acrescido das multas de 60%, sobre o valor de R\$

2.055,20, e 70%, sobre o valor de R\$ 234.641,47, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR