

A. I. N° - 207182.0052/05-1
AUTUADO - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÁ LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO LIMA e JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET - 07.07.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0230-01/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Excluída do levantamento as notas fiscais, vias fixas, coletadas junto aos emitentes, por não ter ficado evidenciado o ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado, bem como, deduzida a parcela relativa cobrança do imposto em ação fiscal anterior relativa ao período fiscalizado. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apesar de terem sido extraviados os livros fiscais, os valores das aquisições com tributação normal, informados através das DMAs Consolidadas, revelam diferenças em relação aos apontados nas notas fiscais coletadas nos postos fiscais de trânsito – CFAMT. Confirmada parcialmente a existência de presunção de omissão de receita. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/12/2005, exige imposto no valor de R\$11.631.151,85, pelas seguintes irregularidades:

1. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, nos meses de dezembro de 2002, janeiro a abril e julho a dezembro de 2003 e janeiro a setembro de 2004, no valor total de R\$4.441.109,59;
2. falta de recolhimento do ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros próprios, nos exercícios de 2002 a 2004, no total de R\$ 7.190.042,26.

O autuado, às fls. 243/251, apresentou impugnação alegando que sua empresa tem desempenhado um papel importante na sociedade, socorrendo famílias que não conseguem atendimentos dos seus direitos mais básicos, sendo a maior empregadora do município, não pelo seu porte, mas pelo compromisso social assumido pelos sócios na geração de empregos.

Alegou estar sendo “bombardeada” por repetidas ações fiscais que se constituem em revisão de revisão dos mesmos períodos fiscalizados, o que tem deixado os sócios desorientados, a ponto de não saberem o que está acontecendo. Disse estar tentando encontrar resposta a fim de salvar a empresa para não apenas obter lucros, mas gerar empregos levando esperança para muitos jovens e pais de família do município.

Citou o Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, lavrado em 27/10/2003 pelo auditor fiscal Emílio Alves de Souza Filho, em que abrangeu o período fiscalizado anteriormente pelo auditor Aristóvio Fernandes Pinheiro da Fonseca, tendo exigido do autuado créditos em valores históricos da ordem de R\$ 2.571.421,09, relativos ao período de 2001 a 2003. Disse que, embora sabendo que não devia tanto, mas diante das dificuldades em obter provas para se defender, reconheceu o débito e pediu parcelamento. A partir daí os sócios tomaram providências administrativas internas para averiguar o que estava ocorrendo, já tendo constatado desvios de condutas de alguns funcionários, quebra de confiança de outros e até utilização de seus dados cadastrais por seus ex-vendedores e representantes de outras empresas.

Protestou alegando ter, por várias vezes, oferecido denúncia à Inspetoria Fiscal de que sua inscrição estava sendo utilizada por vendedores desonestos para entregar mercadorias a outros comerciantes, tendo, inclusive registrado queixa na Delegacia de Polícia local. Os fatos foram relatados, pessoalmente, ao Diretor e ao Supervisor de Trânsito do DAT-SUL, sendo que não houve nenhuma providência adotada por parte dos órgãos públicos competentes.

Argumentou que a ação fiscal envolve exercícios já fiscalizados: AI nº 180597.0004/03-3, lavrado em 30/01/03, relativo ao período de 01/01 a 31/12/2002; AI 269094.0056/03-2, lavrado em 27/10/2003, período de 01/01/99 a 30/06/2003. Em 23/09/2004 foi lavrado outro Auto de Infração, assim, ao seu ver, existe cobrança em duplicidade e até em triplicidade, o que deixa dúvidas quanto à forma de apuração e correção dos valores apresentados.

Questionou a forma como foi realizado o trabalho de fiscalização, já que os auditores durante nove meses em que estiveram fiscalizando a empresa não fizeram nenhuma comunicação ou pedido de esclarecimento, nenhum gesto de boa vontade em ajudar os sócios a desvendar o que realmente tinha acontecido no âmbito interno e externo da empresa. Tal comportamento inviabilizou possíveis esclarecimentos que, certamente, evitaria a exigência indevida de créditos fiscais, poupando tempo, dinheiro e desgaste emocional de seus dirigentes.

Alegou ser o montante de R\$ 23.079.953,51 inimaginável, para uma empresa pequena do interior, pois tal valor supera, no mínimo 10 vezes todo o patrimônio da empresa. Também argumentou que os profissionais auditores levaram 9 meses (abril a dezembro de 2005) para a conclusão dos trabalhos, talvez devido a complexidade e ao volume de documentos verificados e processados, assim o prazo de apenas 30 (trinta) dias para o autuado se defender é por demais exíguo, se constituindo em verdadeiro cerceamento de defesa.

Asseverou já estar solicitando de vários fornecedores os comprovantes de canhotos de notas fiscais emitidas em seu nome, a fim de descobrir as pessoas envolvidas na utilização de sua inscrição, conforme cópias de correspondências enviadas e recebidas em anexo aos autos.

No tocante aos documentos e relatórios apresentados pelos autuantes, disse que do AI - nº 269094.0056/03-2, de 27/10/2003, não foram apresentadas as cópias das notas fiscais, nem mesmo a sua relação e como resultou em nova fiscalização do período, o autuado não pode deixar de concluir pela existência de valores em duplicidade e até triplicidade.

Do AI n 207182.0052/05/01, ora contestado, também não foram apresentadas cópias das notas fiscais que dão suporte aos demonstrativos nele anexados, ficando impossibilitado de se defender, por não ter conhecimento do conteúdo e outras informações dos documentos relacionados nos citados demonstrativos.

Quanto aos valores lançados como sendo antecipação tributária, o autuado disse que tal valor é irreal, e que está sendo cerceado o seu direito de ampla defesa, dado o volume de documentação a confirmar junto aos emitentes dos referidos documentos e o prazo concedido pela SEFAZ, mesmo que tivesse recebido dos autuantes as correspondentes cópias das notas fiscais relacionadas. Admite que possivelmente alguma ou outra nota tenha deixado de ser registrada por negligência de seu funcionário, mas jamais num volume tão absurdo.

Protestou pela necessidade de ser concluído o seu trabalho de investigação para apurar quem realmente está utilizando indevidamente sua inscrição, juntando provas cabais nesse sentido e recolher os valores porventura de sua responsabilidade.

Quanto à infração decorrente de omissão de saídas detectadas pela falta de registro de entradas, alegou não ter recebido cópias das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos; os valores apresentados vislumbram-se incompatíveis com o porte da empresa, não refletindo a realidade da empresa; e entendeu duvidoso o procedimento fiscal na apuração do suposto débito.

Salientou que os livros fiscais relativos aos exercícios de 2002 e parte de 2003 foram extraviados, conforme Certidão de Queixa da Delegacia de Polícia de Ubatã, não podendo os autuantes afirmar que os documentos fiscais relativos a este período não foram registrados. Também conforme orientação de seu contador, já que inexistem livros fiscais ou contábeis, a legislação do ICMS dispõe de procedimentos específicos para apuração de possíveis omissões de saídas para o caso apresentado, o que levaria em conta as vendas efetuadas, os estoques iniciais e finais de cada exercício, os créditos fiscais e outros elementos pertinentes ao processo de apuração. Também, alegou que se o crédito está sendo exigido por falta de registro de entradas, está sendo afirmado pelos autuantes de que ocorreram as entradas, no entanto, não concederam os créditos fiscais destacados nas notas fiscais.

Concluiu que o autuado não tem as mínimas condições de apresentar defesa com elementos capazes de demonstrar o equívoco praticado pelos autuantes. E, sentindo-se cerceado no seu direito de defesa, por não ter acompanhado os trabalhos de fiscalização, pelo desequilíbrio entre o tempo necessário para a apuração do suposto débito e o prazo concedido para impugnação, não ter recebido cópias dos documentos fiscais relacionados e pela forma de apuração do suposto imposto em desconformidade com a legislação fiscal, requereu a improcedência da autuação.

Anexou cópias de correspondências enviadas e recebidas de fornecedores, em razão de solicitação de comprovante de entrega de mercadorias (fls. 279/297) e certidão de queixa (fls. 298/300).

O autuado, novamente às fls. 302 a 312, se manifestou mantendo os meus argumentos da peça inicial, no entanto, alegou que na infração 01 – foi exigido ICMS através do AI nº 269094.0056/03-2, já citado anteriormente, com base em cópias de notas fiscais, já que os livros foram extraviados, sendo exigido ICMS não antecipado no valor de R\$ 2.265.764,37. Do débito foram abatidos apenas os créditos destacados nas notas fiscais. Já no Auto ora contestado, os auditores adotaram a mesma sistemática, ou seja, devido ao extravio dos livros, limitaram-se a apenas calcular o débito do imposto a partir das cópias das notas fiscais e, do valor apurado abateu os créditos destacados nas notas fiscais de origem. Ocorre que o autuado no exercício de 2002 antecipou espontaneamente, por aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, ICMS no valor de R\$ 945.259,87. Desta maneira, não houve a dedução do imposto antecipado recolhido.

No exercício de 2003 os autuantes mudaram o procedimento, conforme planilha nº 63 foram deduzidos dos débitos levantados, os recolhimentos efetuados espontaneamente pelo autuado e os recolhidos originários dos Autos de Infração. Um simples cálculo demonstrará que, além de não ter antecipação de ICMS a ser exigida em 2002, ainda teria crédito a ser abatido dos valores calculados em 2003.

Argumentou que do AI em que foi apurado imposto por antecipação no valor de R\$ 2.265.764,37 (2002) e, também antecipação tributária ora contestada (2002) no valor de R\$ 448.521,03, totalizando R\$ 2.714.285,40, sendo parcelado o total do AI no valor de R\$ 2.265.764,37 e tendo havido pagamento de antecipação do imposto espontâneo no período no valor de R\$ 945.259,84, restou uma diferença a título de crédito de ICMS, no exercício de 2002, no valor de R\$ 496.738,84. Assim, entendeu deva ser compensado tal valor dos valores apurados em 2003.

No exercício de 2003 houve recolhimento espontâneo no valor de R\$ 1.286.377,20 e, no exercício de 2004 recolhimento espontâneo de imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 1.374.258,04, inclusive, por descuido de funcionários, foi recolhido, no trânsito, o valor de R\$ 37.330,38. Assim, os valores demonstrados pelos autuantes estão sendo exigidos em duplicidade, nos exercícios de 2002 e 2003, o que torna nula a exigência dos valores demonstrados.

Além de reafirmar os argumentos defensivos, no tocante à infração 02, o autuado alegou que as DMAs relativas ao período fiscalizado informam registro de entradas e saídas de mercadorias, tributáveis e não tributáveis, com valores às vezes superiores aos denunciados no Auto de Infração, e outras informações como os inventários inicial e final, informações ignoradas pelos autuantes, o que demonstra, de forma inequívoca, que os autuantes trilharam por procedimento fiscal em desconformidade com a legislação e não compatível com a boa prática de auditoria fiscal.

Concluiu por recolher o débito relativo a antecipação tributária do exercício de 2004, no valor de R\$ 1.298.341,87, haja vista já ter recebido a garantia de que seria ressarcida, por algumas empresas emitentes das notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, relativa ao período de 2004, nos valores de R\$ 134.442,78 – R\$ 180.437,55 – R\$ 45.223,71 – R\$ 87.555,17 – R\$ 122.845,60 – R\$ 123.887,52 – R\$ 241.538,55 – R\$ 242.528,19 e R\$ 119.882,80, nos meses de janeiro a setembro, respectivamente.

Requeru a improcedência dos demais valores denunciados no Auto de Infração, anexando cópias de correspondências enviadas e recebidas – denúncia (fls. 313).

O autuado foi cientificado do recebimento da intimação, à fl. 364, onde o autuante informa que as vias das notas fiscais relacionadas no Auto de Infração estiveram e estão à disposição do autuado e que a não entrega de xerocópia das referidas notas deveu-se ao próprio desinteresse do autuado, dado à grande quantidade desses documentos, os demonstrativos trazem todas as informações das notas relacionadas.

Informou, ainda, que objetivando evitar perda de tempo e desperdício de recursos públicos, intimou o autuado a indicar as notas fiscais que deverão ser xerocopiadas e entregues as respectivas cópias e que seria reaberto o prazo de defesa a partir da ciência do presente documento.

À fl. 365 consta declaração do autuado de que recebeu cópia das notas fiscais e dos relatórios solicitados para defesa do presente Auto de Infração. Também, à fl. 366 consta declaração do autuado informando ter recebido em devolução todos os livros e documentos fiscais requisitados para os trabalhos de fiscalização relativo ao período de 2002 a 2004.

O Inspetor Fazendário de Ipiaú informou que foi reaberto o prazo de defesa do autuado, ficando este obrigado a apresentar defesa até 17/02/2006.

Os autuantes, às fls. 367/372, informaram que a alegação de que não havia recebido cópias das notas fiscais que davam suporte aos demonstrativos do Auto de Infração foi acolhida pelo supervisor da operação que aconselhou a entrega, mediante recibo, das cópias das referidas notas e da reabertura do prazo de defesa.

Com a reabertura do prazo de defesa o autuado refez sua impugnação, anexando os mesmos documentos e solicitando que o “documento substitua a defesa protocolada em 10/01/2006 sob nº

004884/2006-3”. Assim, a presente informação fiscal se reporta à defesa refeita, onde o autuado contestou e rejeitou parcialmente a autuação.

Informaram que a ação fiscal abrange exercícios já fiscalizados e exige créditos não verificáveis à época de trabalhos desenvolvidos anteriormente, a exemplo das notas fiscais que foram “desviadas” dos postos de fronteiras e não relacionadas pelo CFAMT e, estes documentos não foram computados nos trabalhos anteriores, podendo ser comprovado verificando-se as notas fiscais relacionadas em cada ação fiscal.

Disseram que os trabalhos transcorreram em clima de mútuo respeito, tendo os autuantes limitado a intimar por escrito a prestação de informações e a apresentação de documentos e livros necessários ao desenvolvimento dos trabalhos. O autuado, por sua vez, limitou-se a apresentar os livros e documentos que ainda tinha em seu poder. As circunstâncias que envolviam a operação não permitiam que o autuado tivesse prévio conhecimento da forma como estava sendo conduzida a ação fiscal. Uma vez concluída a operação, o autuado teve acesso a todas as informações e documentos necessários para sua defesa.

Na infração 01, antecipação tributária – informaram não ser cabível o suposto “crédito de ICMS antecipado remanescente” alegado pelo autuado para ser compensado com os valores levantados em 2003. No AI nº 269094.0056/03-2, os autuantes consideraram os valores levantados a partir das notas fiscais, tanto os créditos destacados nos documentos quanto os valores recolhidos, tendo exigido o imposto por recolhimento a menos por antecipação. Já no AI em lide o imposto por antecipação tributária diz respeito a notas fiscais que não foram computadas no levantamento, relativo ao exercício de 2002, sendo compensado apenas os valores relativos ao ICMS destacado nos documentos fiscais, desta forma, descabida a pretensão do autuado em compensar novamente valores espontaneamente recolhidos.

Já em relação ao exercício de 2003 a situação se apresentava diferente da apontada no ano de 2002. Como no exercício de 2003, a ação fiscal anterior abrangeu apenas os meses de janeiro a junho, foi refeito todo o exercício, concedendo os créditos das notas fiscais, abatendo-se o valor recolhido espontaneamente e o exigido na ação fiscal anterior, por ser situação diversa da apontada no exercício de 2002.

Esclareceram que em relação à infração 02, a omissão se deu com base nos valores das entradas de mercadorias não registradas, de acordo com o § 3º do art. 2º do RICMS/97. Informaram que a tese da impossibilidade dos auditores terem verificado a falta de registro, uma vez que os livros fiscais foram extraviados não faz sentido. E, entende-se por falta de registro não somente nos livros fiscais, mas também na escrita contábil. A maior prova da falta de registro das entradas é o comparativo entre o montante de entradas apuradas e os valores informados nas DMAs, demonstrando verdadeiros “abismos” entre os mesmos.

Opinaram pela manutenção da autuação.

Esta 1ª JF, às fls. 384/385, considerando que o autuado alega não ter sido deduzido, no exercício de 2002, os valores pagos mediante Auto de Infração anterior, e valores recolhidos espontaneamente, em relação à infração 01; considerando que não consta dos autos as vias das notas fiscais que foram coletadas no CFAMT e as que foram consideradas “desviadas dos Postos fiscais de fronteira”; considerando haver Autos de Infração lavrados envolvendo os exercícios fiscalizados em que deve ser analisadas a exigência do imposto apontado nas infrações 01 e 02; considerando que o autuado alega ter extraviado os livros fiscais e não possuir registros contábeis; considerando que as vias fixas das notas fiscais utilizadas no levantamento realizado pelo autuante, foram coletadas no estabelecimento emitente situado em outra unidade da Federação, não existindo assim prova nos autos, quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, inclusive, no Sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, da SEFAZ/BA; considerando que a Câmara Superior deste CONSEF, apreciando

matéria idêntica a do presente processo, decidiu através do Acórdão CS 1023/99, que as vias fixas das notas fiscais colhidas junto ao estabelecimento remetente não são suficientes para se caracterizar, com segurança, a infração; considerando a necessidade de comprovação no processo da formalização feita ao emitente para apresentação das vias fixas das notas fiscais, o que confirmará a sua destinação e, conseqüentemente, o ingresso das mercadorias no território deste Estado, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado a INFAZ IPIAÚ para que fossem adotadas as seguintes providências: os autuantes intimasse o autuado a apresentar relação das notas fiscais que foram objeto do recolhimento espontâneo, fazendo correlação, mês a mês, das notas fiscais com os recolhimentos efetuados, tudo em relação ao exercício de 2002; também, que o autuado apresentasse relação identificando todas as notas fiscais de aquisição de mercadorias que foram objeto de informação à SEFAZ, através das DMAs, colocando à disposição do fisco os citados documentos para exame; os autuantes deveriam informar ao autuado do prazo de 10 (dez) dias para o atendimento ao acima requerido. Em seguida, a Repartição Fazendária deveria anexar aos autos cópias dos levantamentos relativo ao Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, lavrado em 27/10/2003, onde constasse a identificação de quais documentos fiscais de aquisição de mercadorias foram objeto de cobrança da diferença por recolhimento a menos do imposto devido por antecipação tributária, em relação ao exercício de 2002.

Posteriormente, os autuantes deveriam anexar ao processo as vias das notas fiscais coletadas no CFAMT, bem como as vias das notas fiscais “desviadas dos postos fiscais de fronteira”; informasse e anexasse aos autos, se fosse o caso, o documento de formalização (intimação) para apresentação das vias fixas das notas fiscais, feitas aos emitentes; elaborasse, em separado, demonstrativo dos valores obtidos através das notas fiscais colhidas nos postos fiscais (CFAMT) e dos valores obtidos através das notas fiscais requisitadas junto aos fornecedores; também, caso houvesse atendimento pelo autuado, os autuantes ao apresentar nova informação deveriam se manifestar a respeito dos documentos fiscais arrolados na infração 01, especialmente quanto ao exercício de 2002, examinando se existe lançamento em duplicidade de documento fiscal, ou se dos documentos fiscais em que houve pagamento espontâneo do imposto devido por antecipação encontram-se, também, arrolados na presente ação fiscal. Havendo modificação, elaborasse novo demonstrativo.

Ao final, a Repartição Fazendária deveria intimar o autuado, entregando-lhe, mediante recibo específico, cópia do resultado da diligência e dos novos documentos juntados aos autos, informando-lhe do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar. Também fosse dada ciência aos autuantes.

Intimado, o autuado, à fl. 392, alegou impossibilidade de fornecer a relação das notas fiscais que foram objeto do recolhimento, através de DAEs, no exercício de 2002, haja vista ter sido extraviado os livros e documentos como já comprovado mediante queixa prestada na Delegacia de Polícia. Também esclareceu que nos DAEs não trazem os números das notas fiscais, já que o recolhimento era feito abrangendo todo o movimento do mês de competência. Anexou cópias reprográficas de DAEs, às fls. 393/454.

Os autuantes, às fls. 456/459, informaram ter intimado o autuado a apresentar relação das notas fiscais que foram objeto do recolhimento espontâneo, relativo ao exercício de 2002 (infração 01), não sendo atendido por ter sido informado o extravio dos livros e documentos daquele período. Das cópias dos DAEs apresentados (exercício 2002) totaliza um recolhimento do imposto, no valor de R\$952.037,42. Embora com valores expressivos e todos confirmados o efetivo recolhimento, omitem os números das notas fiscais a que se referem.

Informaram ter solicitado do Inspetor Fazendário cópias dos levantamentos relativos ao Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, tendo sido informado não constar daquele PAF tais demonstrativos.

Esclareceram estar seguindo dois volumes contendo as notas fiscais coletadas nos postos fiscais – CFAMT e as requisitadas junto aos fornecedores, todas dispostas na mesma ordem em que estão relacionadas nos demonstrativos solicitados na letra “c” da diligência. As cópias das vias fixas foram solicitadas pela Coordenação de uma operação regional que incluiu outros contribuintes, ficando impossibilitado de apresentar a intimação individualizada. Também foram elaborados, em separado, demonstrativo dos valores obtidos através das notas fiscais colhidas nos postos fiscais, como se verifica do anexo A, cuja soma alcança R\$ 9.519.729,22, sendo R\$ 3.128.823,07 relativo a infração 01 (falta de antecipação) e R\$ 6.390.906,15 (infração 02 – omissão de saídas). Foram elaborados, ainda, demonstrativos dos valores obtidos através das notas fiscais requisitadas junto aos emitentes, Anexo B, totalizando R\$ 1.053.191,32, sendo R\$ 254.055,23 (infração 01 – falta de antecipação tributária) e R\$ 799.136,09 (infração 02 – omissão de saídas).

Constam às fls. 460/631, demonstrativos e planilhas juntadas pelos autuantes.

O autuado, às fls. 634/636, ao tomar ciência do resultado da diligência, se manifestou argumentando que os autuantes confirmaram o recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 952.037,42, em vez de R\$ 945.259,87 informado inicialmente na defesa. A ausência de demonstrativos que relacionem, individualmente, todas as notas fiscais reforça seu entendimento de cobrança em duplicidade e incerteza do Fisco para exigir antecipação tributária de notas apresentadas nos seus sistemas sem levar em conta o valor recolhido espontaneamente, no exercício de 2002, além de não considerar o excedente recolhido a ser compensado, no exercício de 2003.

Quanto às notas fiscais coletadas nos postos fiscais, voltou a alegar não ter efetuado compras em montante tão expressivo e de não haver comprovação, por meio dos canhotos das notas a efetiva entrega das mercadorias no estabelecimento autuado, além de argumentar que os valores reclamados na infração 02, cujas entradas não foram confirmadas, foram levantados em desconformidade com a legislação fiscal, tendo o próprio autuante, em relação aos documentos coletados dos fornecedores, informado inexistir intimação individualizada e, mesmo se existisse tal fato não garantiria o efetivo recebimento das mercadorias por parte do autuado.

Alegou que independentemente de haver ou não vinculação das notas fiscais aos DAEs de recolhimento poder-se-ia argumentar: 1) qual o total da presumível falta de antecipação do ICMS que o Fisco pôde apresentar com referência ao exercício de 2002? No cômputo de todas as fiscalizações, o máximo apresentado por meio de documentos foi o montante exigido nos dois Autos de Infração, ou seja, AI nº 269094.0056/03-2, no valor de R\$ 2.265.764,37 e AI nº 207182.0052/05-1, no valor de R\$ 448.521,03, totalizando R\$ 2.714.285,40. E, 2) qual o total da antecipação já recolhido ou já assumido pelo autuado, no exercício de 2002? Foi recolhido espontâneo e comprovado, o valor de R\$ 952.637,42 e mediante Auto de Infração já parcelado, o valor de R\$ 2.265.764,37, totalizando R\$ 3.218.401,79. Assim, entendeu ter recolhido valor superior que deveria ser abatido dos valores levantados em 2003.

Também, argumentou que se as notas fiscais extraviadas não tivessem passado pelos postos fiscais e, não tivessem sido relacionadas no CFEAM, que interesse teria o autuado em recolher antecipadamente o ICMS em valor tão significativo. Concluiu que as notas fiscais extraviadas, sobre as quais os recolhimentos foram efetuados, passaram pelos postos fiscais e constam das relações do CFAMT, sobre a qual se basearam as duas autuações e que o valor recolhido espontaneamente está inserido nos valores reclamados nos dois autos e, portanto, devem ser compensados.

Os autuantes só puderam apresentar documentos, cuja antecipação do ICMS resultaria: exercício de 2003, no valor de R\$ 1.371.543,93 e exercício de 2004, no valor de R\$ 2.117.528,17, no total de R\$3.489.072,17. Ressaltou que o total acima não se constitui em confissão de débito, e do valor acima apresentado já reconheceu e pediu parcelamento de R\$ 1.298.341,87.

Disse que a partir da defesa original e da presente manifestação, requer a total improcedência da infração 02 e retificação do valor da infração 01.

VOTO

Analisando as peças processuais constato, inicialmente, que o procedimento fiscal está embasado em levantamento de vias de notas fiscais colhidas através do sistema CFAMT, ou seja, mediante coleta de notas fiscais colhidas nos postos de trânsito; bem como, notas fiscais arrecadadas junto aos emitentes localizados em outras unidades da Federação. Observo, inclusive, que o autuado exerceu o seu direito de ampla defesa e do contraditório, já que foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias com a entrega de cópias reprográficas das vias das notas fiscais que não foram apresentadas na data da ciência da autuação, tendo sido exigido ICMS por ter o autuado deixado de recolher imposto devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e decorrente de omissão de saídas de mercadorias apurada pelo não lançamento do documento fiscal nos livros próprios.

O impugnante alega ter sido extraviado seus livros e documentos fiscais, relativamente aos exercícios de 2003 e 2004, no entanto, teve seu estabelecimento fiscalizado, períodos de 2001 a 2003, tendo sido, inclusive, exigido créditos tributários, na quantia R\$ 2.571.421,09, mediante Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, lavrado em 27/10/2003, cujo débito foi reconhecido e solicitado parcelamento. E, em razão do citado débito, disse ter tomado providências administrativas internas para averiguar o que estava ocorrendo, por ter constatado desvios de condutas de alguns funcionários, quebra de confiança de outros e até utilização de seus dados cadastrais por seus ex-vendedores e representantes de outras empresas. Aponta outros Autos de Infração lavrados entendendo que a presente ação fiscal envolve exercícios já fiscalizados citando: o AI nº 180597.0004/03-3, lavrado em 30/01/03, relativo ao período de 01/01 a 31/12/2002; AI 269094.0056/03-2, lavrado em 27/10/2003, período de 01/01/99 a 30/06/2003 e, em 23/09/2004 foi lavrado outro Auto de Infração. Também, esclarece que os autuantes não observaram que foi recolhido espontaneamente, durante o exercício de 2002, o valor de R\$ 945.259,87, não havendo na apuração do imposto devido por antecipação, neste exercício a dedução do imposto antecipadamente recolhido. Inclusive, entende ter havido diferença positiva que deveria ser abatida dos valores calculados no exercício de 2003.

Já em relação aos exercícios de 2003 e 2004, houve recolhimento espontâneo, nos valores de R\$ 1.286.377,20 e R\$ 1.374.258,04, inclusive, recolhido no trânsito, o valor de R\$ 37.330,38.

Reconhece devido o débito relativo a antecipação tributária, nos valores de R\$ 134.442,78 – R\$ 180.437,55 – R\$ 45.223,71 – R\$ 87.555,17 – R\$ 122.845,60 – R\$ 123.887,52 – R\$ 241.538,55 – R\$ 242.528,19 e R\$ 119.882,80, nos meses de janeiro a setembro de 2004, totalizando R\$ 1.298.341,87.

Os autuantes informam que no AI nº 269094.0056/03-2, foi exigido o imposto por recolhimento a menos por antecipação, não sendo cabível a dedução de tal valor na presente ação fiscal, em relação ao exercício de 2002, além de não ser cabível o suposto “crédito de ICMS antecipado remanescente”. No entanto, quanto ao exercício de 2003 àquela ação fiscal alcançou apenas os meses de janeiro a junho, tendo nesta autuação sido refeito todo o exercício, concedendo os créditos das notas fiscais, abatendo-se o valor recolhido espontaneamente e o exigido na ação fiscal anterior, por entenderem ser situação diversa da apontada no exercício de 2002.

Para dirimir as dúvidas suscitadas na autuação, o processo foi encaminhado em diligência para que: os autuantes intimassem o autuado à apresentar a relação das notas fiscais que foram objeto do recolhimento espontâneo, fazendo correlação, mês a mês, das notas fiscais com os recolhimentos efetuados, em relação ao exercício de 2002 e, também, fosse apresentada relação identificando as notas fiscais de aquisição de mercadorias que correspondessem às informações constantes das DMAs; a Repartição Fazendária anexasse aos autos cópias dos levantamentos

relativo ao Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, lavrado em 27/10/2003 e; em seguida, os autuantes anexassem as vias das notas fiscais coletadas no CFAMT, bem como as vias das notas fiscais coletadas junto aos emitentes dos documentos fiscais e o documento de formalização (intimação) para apresentação dessas vias fixas, junto ao emitente. Fosse elaborado demonstrativo, em separado, dos valores obtidos através das notas fiscais colhidas nos postos fiscais (CFAMT) e dos valores obtidos através das notas fiscais requisitadas junto aos emitentes e, também fosse examinado se existe lançamento em duplicidade de documento fiscal (exercício 2002) em relação a autuações anteriores. Também, fosse cientificado, o autuado, do resultado da diligência, com o recebimento de cópia dos papéis juntados pelos autuante.

Do resultado da diligência requerida, constato que o autuado reafirma ter sido extraviado os seus livros e documentos fiscais, não sendo possível a apresentação da relação das notas fiscais que foram objeto do recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, através de DAEs, no exercício de 2002 e que nos DAEs não constam os números das notas fiscais, por se tratar de recolhimento abrangendo todo o movimento de cada mês de competência, tendo, inclusive, anexado ao processo cópias reprográficas dos DAEs de todo período fiscalizado. Também, o Inspetor Fazendário informa ter constatado inexistir demonstrativo indicando os documentos fiscais que foram objeto da exigência da diferença por recolhimento a menos do imposto devido por antecipação tributária, no exercício de 2002, através do Auto de Infração nº 269094.0056/03-2.

Assim, ante a total impossibilidade de se verificar quais mercadorias, identificadas através dos documentos fiscais, foram objeto do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, concluo que deve ser adotado, para o exercício de 2002, o mesmo critério de apuração do imposto, levando-se em conta o total das aquisições, os créditos fiscais e os recolhimentos efetuados, como observaram os autuantes, em relação aos exercícios de 2003 e 2004.

Neste sentido, pelos valores apresentados na presente ação fiscal em confronto com os recolhimentos efetuados espontaneamente, bem como, os reconhecidos como devidos, mediante Autos de Infração anteriores em que foi exigido o mesmo tributo, no período em questão (2002) concluo descaber a exigência do valor de R\$ 448.521,03, apontado na infração 01.

Discordo, no entanto, do entendimento do autuado em querer compensar, no exercício de 2003, a “suposta” diferença apontada como sendo “a mais”, haja vista que pelas mesmas razões em que não se está exigindo o tributo apontado na autuação, no exercício de 2002, não se pode aferir que tenha havido recolhimento a mais de imposto devido por antecipação tributária, já que não foram apresentados os documentos fiscais para que ficasse identificado tal fato, ou seja, necessário seria que o autuado, juntasse todos os documentos fiscais demonstrando ter havido recolhimento a mais e, se fosse o caso, requerer a restituição do indébito em forma de crédito fiscal, como determinado no RPAF/99, o que não ocorreu pelo motivo já exposto.

Observo, ainda, que deve ser excluído do presente processo os valores exigidos em relação aos documentos fiscais coletados juntos aos emitentes (vias fixas), haja vista que foi solicitada, através de diligência, a comprovação de que tivesse sido requerida, junto ao emitente, as vias das notas fiscais relativas às operações realizadas com o autuado, não tendo sido juntado o documento requerido, sob o fundamento de que tais documentos foram coletados pela Coordenação em uma operação regional que incluiu outros contribuintes. Valendo ressaltar que este Colegiado, através da Câmara Superior, Acórdão CS 1023/99, já se posicionou não acolhendo como prova de aquisição de mercadorias, as vias fixas coletadas junto aos emitentes, conforme abaixo:

CÂMARA SUPERIOR
ACÓRDÃO CS Nº 1023/99

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO para julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE, visto que a

simples cópia da 4ª via fixa do talonário do remetente das mercadorias não é suficiente para caracterizar a infração. Decisão por maioria.

Desta forma, excluindo da ação fiscal os valores relativos a tais documentos, em relação à infração 01, exercícios de 2003 e 2004, o débito apontado passa a ser, o valor de R\$3.081.531,12, conforme abaixo demonstrado:

Mês/Ano	Débito apurado	(-) Receita 1145	AI e Receitas 2175 e 1187	ICMS devido
01/03	125.669,19	76.104,19	0,00	49.565,00
02/03	124.037,38	72.205,20	2.204,68	49.627,50
03/03	171.041,41	91.104,50	0,00	79.936,91
04/03	129.733,34	115.613,00	0,00	14.120,34
05/03	108.109,29	118.586,00	1.407,58	0,00
06/03	292.324,04	121.205,00	203.233,20	0,00
07/03	351.642,16	128.415,00	6.021,69	173.207,02
08/03	289.940,53	130.105,00	0,00	159.835,53
09/03	412.077,90	109.208,00	0,00	302.869,90
10/03	524.839,47	106.782,00	1.800,14	416.257,33
11/03	346.129,92	107.682,00	0,00	238.447,92
12/03	444.449,11	109.368,00	0,00	335.081,11
01/04	285.691,35	109.765,00	0,00	175.926,35
02/04	320.190,14	102.450,00	1.896,18	215.843,96
03/04	137.424,84	104.365,00	0,00	33.059,84
04/04	172.411,19	99.635,00	16.506,69	56.269,50
05/04	211.953,69	102.360,00	14.866,95	94.726,74
06/04	181.829,43	103.907,54	13.448,11	64.473,78
07/04	404.529,37	104.857,60	9.025,08	290.646,69
08/04	386.588,18	102.647,60	9.532,24	274.408,39
09/04	214.325,16	103.857,40	53.240,45	57.227,31
TOTAL				3.081.531,12

Já em relação à infração 02, que trata de exigência de imposto pela não contabilização dos documentos fiscais nos livros fiscais próprios, observo que no período da ação fiscal o autuado alega ter extraviado os livros e documentos fiscais, entregando ao fisco apenas parte dos documentos fiscais e do livro nº 04 e 05 de Registro de Entradas.

Como, também, o autuado não apresenta os registros contábeis, não se pode afirmar que os documentos arrecadados junto ao Sistema CFAMT foram escriturados, o que ensejaria a cobrança do imposto por presunção de omissão de receita. No entanto, ante a ausência dos registros fiscais e contábeis, concluo deva ser tomada como base para a constatação da irregularidade as informações prestadas pelo autuado, mediante as DMAs Consolidadas, observando que tanto os documentos coletados nos postos de trânsito, como as informações econômico-fiscais dizem respeito apenas às aquisições de mercadorias com regime normal de tributação.

Assim, passo a analisar a questão aqui em exame, esclarecendo que o fato de serem identificadas entradas de mercadorias com pagamentos não registrados evidencia que os recursos aplicados nos pagamentos daquelas aquisições tiveram sua origem não comprovada, ou seja, decorreram de omissão de receita não conhecida. É neste sentido que o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, preconiza dentre outros fatos que a não contabilização de compras de mercadorias e ou bens,

autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

No comparativo entre as aquisições de mercadorias tributadas apuradas, através de notas fiscais coletadas nos postos de trânsito, pelo sistema CFAMT e, aquelas informadas através das DMAs Consolidadas, também relativas às aquisições sujeitas ao regime normal de tributação, constato existência de diferença a menos nas DMAs dos exercícios de 2002 e 2004, fato que confirma a presunção de omissão de receita, com base no disposto no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo a seguir:

Exercícios	Valor aquisições (regime normal de tributação) notas fiscal sistema CFAMT	Valor informado através das DMAs Consolidadas	Diferença Presunção de omissão de receita art. 4º, §4º, Lei 7.014/96	ICMS DEVIDO
2002	12.608.878,60	39.677,13	12.569.201,47	2.136.764,25
2003	15.443.507,82	21.853.772,21	0,00	0,00
2004	9.541.179,12	4.909.331,39	4.631.847,73	787.414,11
TOTAL				2.924.178,36

Desta maneira, o valor a ser exigido na infração 02 passa para R\$ 2.924.178,36.

Voto pela PROCEDÊNCIAEM PARTE do Auto de Infração.

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 **207182.0052/05-1**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.005.709,48**, acrescido das multas de 60 sobre R\$3.081.531,12 e 70% sobre R\$2.934.178,36, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR