

PROCESSO - A. I. Nº 207182.0052/05-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGO SUL)
RECORRIDOS - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGO SUL) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0230-01/06
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET - 28/02/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0031-12/07

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. Modificada a Decisão recorrida. 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. Recurso de ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos em face de Decisão que julgou o Auto de Infração nº 207182.0052/05-1 Procedente em Parte, para condenar a Apelante ao pagamento do ICMS 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.

A acusação, inicialmente fixada em R\$ 11.631.151,85, versa sobre: 1 não recolhimento de ICMS por antecipação, referente às mercadorias relacionadas no Anexo 88, nos períodos de 12/2002; 01/2003 à 04/2003 e 07/2003 à 12/2003; e 01/2004 à 09/2004, no valor total de R\$4.441.109,59; 2. não recolhimento do ICMS por omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços, relativamente aos exercícios de 2002 à 2004, no total de R\$ 7.190.042,26.

Em sede de defesa, cuida o contribuinte de informar o extravio da documentação fiscal pertinente afeta aos exercícios 2003 e 2004, aduzindo ainda que contra si fora lavrado em 27/10/2003 o Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, no valor de R\$ 2.571.421,09, reconhecido e parcelado, importando a presente autuação em espúria duplicidade.

Alega cometimento de crimes por parte de terceiros para prejudicar a empresa, denunciados expressamente à Administração Tributária, afirmando, ademais, a ocorrência de superposição de autuações, a exemplo de Auto de Infração nº 180597.0004/03-3, lavrado em 30/01/03, relativo ao período de 01/01 a 31/12/2002; Auto de Infração nº 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.

Aventa o direito a crédito no exercício de 2003, observando que os exatores não deduziram o valor de R\$ 945.259,87, efetivamente recolhido relativo ao exercício de 2002.

No que pertine à acusação de débito decorrente da antecipação, suscita cerceamento do direito de ampla de defesa por conta da exigüidade temporal, na medida em que restou inviabilizado o cotejo das notas fiscais relacionadas no Auto de Infração e as notas fiscais emitidas pelos fornecedores.

Para a acusação de omissão de saídas de mercadorias, sustenta não ter recebido cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo que acompanha o AI, ensejando manifesta restrição ao seu direito de defesa.

Para aos exercícios de 2003 e 2004, alega recolhimento espontâneo dos valores de R\$ 1.286.377,20, R\$ 1.374.258,04 e R\$ 37.330,38, este último recolhido no trânsito, pugnando ao final pela improcedência da autuação.

Em nova promoção defensiva às fls. 302/312, o contribuinte retoma as mesmas alegações e pretensão, juntando aos autos os docs. de fls. 313/366.

Argumenta que a planilha nº 63 promoveu alteração do procedimento, afirmando que inexistente débito em 2002 e crédito em seu favor em 2003.

Reitera o reconhecimento e parcelamento de dívida por antecipação no valor de R\$ 2.265.764,37 (2002) acrescido do valor de R\$ 448.521,03, igualmente decorrente de antecipação tributária de 2002, bem como o pagamento de antecipação do imposto espontâneo no período no valor de R\$945.259,84, remanescendo R\$ 496.738,84.

Concernentemente ao exercício de 2003 e 2004, tratou o autuado de promover recolhimento espontâneo por conta da antecipação tributária, no valor de R\$ 1.286.377,20 e de R\$ 1.374.258,04, mais R\$ 37.330,38, o que denotaria a duplicidade de lançamentos.

Impugnando a infração 02, acusa também que as DMAs relativas ao período fiscalizado retratam o operações com mercadorias tributáveis e não tributáveis com valores incoincidentes com os consignados no AI, tendo a fiscalização desmerecido outras fontes, tal qual os inventários inicial e final.

Admite a procedência da autuação por conta da antecipação, nos meses de janeiro a setembro/2004, respectivamente, 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, no total de R\$ 1.298.341,87.

Reconhecendo, assim, o débito neste patamar, pugna pela improcedência do que exceder tal limite.

Na réplica fiscal às fls. 367/372 dos autos, o exator ratifica a autuação, assentando a insubsistência da pretensão empresarial ao abatimento dos valores exigidos no AI nº 269094.0056/03-2 (exercício 2002) e à apropriação de créditos antecipados restantes.

Certifica que o autuado limitou-se a refutar as acusações, negligenciando a colação de provas correspondentes, sequer tratando de apresentar planilhas demonstrando os valores que entende corretos. Acusa o autuado de promover mera procrastinação do feito.

Considerando a alegação de ausência de abatimento de valores pagos no exercício de 2002, bem como a inexistência das vias das notas fiscais coletadas no CFAMT e as ditas desviadas dos postos de fronteira, a denúncia de superposição de períodos fiscalizados, a coleta de notas fiscais junto ao emitente, entre outros motivos, a JJF convolou o procedimento em diligência à INFAZ Ipiáu.

A diligência foi determinada para que: “...os autuantes intimassem 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 responder a intimação, o contribuinte reitera a impossibilidade de apresentar a documentação solicitada, esclarecendo que não constam dos DAEs os números das nota fiscal, pois o recolhimento abrangia a movimentação mensal.

Os exatores certificam o *recolhimento* de R\$ 952.037,42, fulcrados nos DAEs de 2002, em que pese a ausência das nota fiscal que foram objeto de recolhimento através de DAE, exercício de 2002. Atendendo aos termos da diligência, novas planilhas foram elaboradas às fls. 460/631. Informam ainda que o Inspetor Fazendário, ao ser instado, declarou não constar dos autos do PAF/Auto de Infração nº 269094.0056/03-2 os levantamentos e/ou demonstrativos respectivos.

Esclarecem também que as notas fiscais oriundas do CFAMT somam R\$ 9.519.729,22, sendo R\$3.128.823,07 relativos a infração por falta de antecipação (1) e R\$ 6.390.906,15 por conta da omissão de saídas (2), na forma da planilha A. Do exame das vias fixas, foram detectados R\$ 254.055,23, em razão da falta de antecipação tributária, e R\$ 799.136,09, pela omissão de saída.

O autuado, por seu turno, conclui que a ausência de demonstrativos que relacionem especificamente as notas fiscais corrobora a alegação de duplicidade de imposição tributária, bem como a desconsideração do excedente pago no exercício de 2003. Pretende a compensação do valor apurado no importe de R\$ 952.037,42.

Denuncia ainda a discrepância entre as nota fiscal oriundas dos postos fiscais e as aquisições efetivadas, acusando crédito a ser deduzido no exercício de 2003, independentemente de correspondência ou não das notas fiscais aos DAEs.

Por derradeiro, aduz que a fiscalização somente teria lastro para exigir valores no patamar de R\$ 3.489.072,17, não importando tal argumentação em confissão de dívida. Pugna pela improcedência da demanda.

Certificando a regularidade da autuação, rejeita o ‘*a quo*’ a alegação de cerceamento do direito de defesa, ensejando o enfrentamento do mérito da autuação.

Ante a impossibilidade de se aferir quais mercadorias teriam sido objeto do recolhimento do ICMS devido por antecipação no que respeita ao exercício de 2002 - Auto de Infração nº 269094.0056/03-2 -, entendeu a JJF que apenas o valor de R\$ 448.521,03 deveria ser abatido. Contraria, desta forma, a pretensão empresarial de exclusão da cifra de R\$ 945.259,87, ao fundamento pelo qual restou inviabilizada a investigação de recolhimento de ICMS indevido por conta da antecipação tributária, pois o autuado teria negligenciado a juntada de documentos fiscais comprobatórios do quanto afirmou.

Em outra vertente, procedeu a exclusão dos valores exigidos baseados em vias fixas, assentando ser esta a diretriz pacificada pelo r. CONSEF, atribuindo, neste diapasão, a infração 01 o valor de R\$ 3.081.531,12, demonstrado em planilha.

Para sustentar a omissão descrita na infração 02, o ‘*a quo*’ se vale da não apresentação dos registros contábeis, eis que, segundo alegação empresarial, extraviados, o que inviabilizaria a certificação da escrituração escoreita dos documentos fiscais no CFAMT.

Como parâmetro de mensuração da omissão, o '*a quo*' adota as DMAs, salientando que as informações fiscais e os documentos oriundos do posto de trânsito atinem às aquisições pelo regime ordinário de tributação no período de 2002 à 2004.

Fixa em planilha a condenação no patamar de R\$ 2.924.178,36, resultante da diferença entre as NFs informadas pelo CFAMT e as DMAs consolidadas.

Presume, desta forma, que as entradas de mercadorias foram pagas com recursos de origem ignorada, subsumindo a espécie ao art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, ressaltando prova empresarial em contrário.

Irresignado com o teor da Decisão primária, avia o autuado, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fls. 660/663, pelo qual devolve as mesmas questões suscitadas na defesa.

Citando excertos da Decisão primária, defende o direito de exclusão da presente autuação do valor de R\$ 945.259,87, e não apenas R\$ 448.521,03. Segundo argumenta, a certificação da inexistência dos demonstrativos no Auto de Infração nº 269094.0056/03-2 que comprovem diferenças de recolhimento de ICMS por conta da antecipação tributária no exercício de 2002, aliado ao reconhecimento do fisco de que no exercício de 2002 o débito total do autuado alcançaria a cifra de R\$ 2.265.764,37, já confessado e parcelado, autoriza a conclusão de veiculação de cobrança indevida naquelas proporções.

Ademais, a exclusão pela JJF do valor de R\$ 448.521,03 indicaria que o débito de ICMS por conta da antecipação, no exercício de 2002, teria alcançado seu teto na cifra de R\$ 2.265.764,37, fixado pelo Auto de Infração nº 269094.0056/03-2.

Pondera ademais que os sócios teriam confessado equivocadamente o débito retratado no Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, pois a fiscalização, que abrangeu o exercício de 2002, não teria procedido a uma demonstração contábil específica e clara.

Pugna pela exclusão da quantia de R\$ 945.259,87, na infração 01.

No que pertine à infração 02, aduz o recorrente que tanto as vias fixas quanto as informações fiscais oriundas do CFAMT não se constituem em prova cabal do ingresso das mercadorias no seu estabelecimento. Sustenta que o volume de mercadorias recebido pelo recorrente atribuído pela fiscalização é infactível, pois decorrente de atos fraudulentos cometidos por terceiros, os quais foram oportunamente denunciados à Inspetoria Fiscal.

A d. Procuradoria, dignamente representada pela Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, opina às fls. 672/674, pelo Desprovemento do Recurso Voluntário, tendo referendado irrestritamente a Decisão '*a quo*', inclusive as reformas que impuseram redução da autuação.

Esclarece que a exclusão do valor de R\$ 448.521,03 decorreu do reconhecimento da duplicidade de cobrança por superposição de períodos autuados, e não de compensação, a qual a legislação reserva procedimento próprio. Afasta, assim, a pretensão empresarial de exclusão de R\$945.259,87, na infração 01.

Concernentemente à infração 2, a Procuradoria ratificou o lançamento, eis que a presunção legislativa de omissão de saída a partir da certificação da omissão de entrada não sofreu impugnação capaz de infirmá-la, pois limitada a negar a conduta ilícita a si atribuída, carecente de produção de prova documental.

VOTO

Acusa o recorrente que o Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, em moratória, alcançou todos os débitos de ICMS por antecipação tributária no período de 2002, o que renderia ensejo a exclusão dos valores respectivos no total de R\$ 945.259,87.

No particular, entendo, d. v., assistir razão à recorrente, pois o Auto de Infração nº 269094.0056/03-2 autuou todo o período de 2002, cujos valores cobrados de ICMS por antecipação tributária foram, factualmente, objeto de moratória.

A parcela remanescente, objeto do Recurso Voluntário e vinculadas a fatos geradores ocorridos em 2002, deverá ser excluída do montante que compõem o item 1 do Auto de Infração, preservando-se as deduções corretamente efetuadas pela 1ª Instância, pois o contribuinte já havia

efetuado o pagamento do imposto de forma espontânea, conforme atestam os DAE's anexos, todavia, os mesmo fatos geradores foram novamente lançados no Auto de Infração nº 269094.0056/03-2 (doc. fl. 326), configurando, assim, dupla exigência fiscal, impondo-se a correção do presente lançamento, sob pena de enriquecimento sem justa causa do Estado.

Destarte, a declaração da Inspetoria local no sentido da inexistência de demonstrativo que declinasse os documentos fiscais que fundamentaram o Auto de Infração nº 269094.0056/03-2, corrobora a premissa ora adotada pela qual a autuação incidiu sobre todo o período de 2002. Reformo a Decisão primária para excluir da autuação, também, o valor de R\$496.738,84, produto da diferença entre R\$ 945.259,87 e R\$ 448.521,03, este já abatido.

Sustenta o recorrente que o volume de ingresso de mercadorias considerado pela fiscalização decorre da utilização criminosa de seu cadastro por terceiros, fato este denunciado oportunamente à Administração Fazendária. Em outra frente, desmerece o valor probante das informações fiscais de procedência do CFAMT, vez que tal sistema prova apenas o ingresso das mercadorias no Estado da Bahia, porém não atesta a entrada destas mercadorias em seu estabelecimento.

Acompanho, na espécie, o opinativo de fls. 672/674, não tendo logrado êxito o recorrente na demonstração de sua tese. A insurgência empresarial limitou-se apenas a negar o fato, sem, contudo, colacionar provas cabais que ilidissem a presunção.

Mantenho, no particular, a Decisão hostilizada.

A JJF excluiu acertadamente os valores apurados em 2003 e 2004 com base em documentos fiscais fornecidos pelos emitentes.

A Decisão encontra-se alinhada com orientação do E. CONSEF sobre a matéria, pelo que mantenho, no particular, a Decisão sobre a infração 01.

Quanto à infração 2, se houve a JJF igualmente com acerto ao certificar as omissões de saída pela confrontação das notas fiscais oriundas do CFAMT e as DMAS consolidadas, mormente por conta da ausência dos registros fiscais e contábeis. Nada a reparar.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício e **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime em relação à infração 1, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207182.0052/05-1**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGO SUL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.508.970,64**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.584.792,28 e 70% sobre R\$2.924.178,36, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiros Bento Luiz Freire Villa-Nova, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário): Conselheiro Álvaro Barreto Vieira.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS