

A. I. Nº - 120018.0007/04-0
AUTUADO - LDN COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10.05.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-02/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Através de diligência excluíram-se os débitos decorrentes de notas fiscais já incluídas em autos de infração lavrados anteriormente. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. O contribuinte deixou de recolher o ICMS Adicional Fundo de Pobreza. Infração caracterizada. Preliminares de nulidade não acatadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/04, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88, apurado nos exercícios de 1999 a 2003. Sendo lançado imposto no valor de R\$ 278.291,09 e aplicada multa de 60%;
2. recolhimento a menos de ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88, falta de recolhimento do ICMS – Adicional Fundos de Pobreza, apurado nos exercícios de 2002 a 2003. Sendo lançado imposto no valor de R\$ 13.797,59, com multa de 60%;

O contribuinte defendeu-se, fls. 303 a 305, sem adentrar ao mérito da autuação suscitando as seguintes preliminares de nulidade:

1. Cerceamento de defesa e descumprimento do devido processo legal em razão da falta de fornecimento ao autuado das cópias de todos os demonstrativos e documentos que compuseram o procedimento fiscal;
2. Falta do pedido de prorrogação da Ordem de Serviço nº 509596/04 tendo em vista que a ciência do Auto de Infração ocorrera 14 meses após a sua lavratura;
3. Decadência do “Crédito Reclamado” relativo ao exercício de 1999, sob a alegação de ter ocorrido o prazo decadencial de cinco anos;
4. A existência de *bis in idem* no levantamento efetuado pela autuante, tendo em vista que não foram deduzidos os créditos fiscais já reclamados nos Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1.

Conclui, com base nos pontos acima elencados, requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo. Aduzindo ainda que, deixa de apresentar suas alegações em relação ao mérito por julgarem prejudicadas, em razão do não fornecimento de todas as peças que compõem os autos.

A autuante prestou informação, fls. 316-A a 317, esclarecendo que a ação fiscal fora motivada pelo próprio contribuinte através do pedido de baixa nº 564205/2003-9 e que a Ordem de Serviço nº 509596/04 fora emitida no período de 02/04/2004 a 30/06/2004.

Afirma que após várias tentativas no sentido de localizar o contribuinte, somente conseguia fazer contato através da empresa, Expandir Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda, I.E. nº 57.591.715, pertencente a um dos sócios da LDN, ocasião em que solicitou toda a documentação necessária para dar prosseguimento ao processo, o autuado não se manifestou.

Informa ainda que através de consulta ao CFAMT verificou uma quantidade bastante expressiva de notas fiscais e que estavam aquém do imposto recolhido pelo autuado.

Ressalta que após a lavratura do Auto a tentativa de localizar o contribuinte também foi frustrada, daí a ciência através de AR e Edital.

Em relação à decadência alegada pela defesa, assevera que a mesma deixa de existir quando o lançamento é realizado dentro do prazo legal e nesse caso, o fisco poderia fazê-lo até 30/12/2004.

No que diz respeito aos créditos que o autuado alega terem sido pagos, deveriam ter sido discriminados pela mesma, inclusive discriminando as notas fiscais que lhe deram origem.

Conclui mantendo integralmente a ação fiscal.

Em pauta suplementar os membros desta 2ª Junta decidiram baixar os autos em diligência para que o órgão preparador fornecesse ao autuado, cópias das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, fls. 20 a 274, e dos demonstrativos, fls. 09 a 18, reabrindo o prazo de defesa de trinta dias para manifestação do autuado, fl. 323.

Em sua manifestação, fls. 326 a 329, após entrega das notas fiscais e dos demonstrativos, em decorrência do cumprimento da diligência determinada pela 2ª JF, o autuado reitera todas as suas alegações alinhadas em sua defesa, além de reforçar sua alegação de cerceamento ao protestar quanto à exigüidade do tempo, ou seja, trinta dias, por ser insuficiente à elaboração de sua defesa, sob a alegação de que ter sido notificado em endereço diverso do seu.

No tocante a existência de *bis in idem*, o autuado afirma que, em relação aos exercícios de 1999 e de 2000 estão sendo cobrados, respectivamente, os valores de R\$ 21.019,18 e de R\$ 29.894,28, já exigidos no Auto de Infração nº 019290.0009/01-0 lavrado pelo auditor Paulo Gomes. E em relação ao exercício de 2001, a exigência de R\$ 49.202,62, do mesmo modo, fora objeto do Auto de Infração nº 206859.0020/02-1, lavrado pelo auditor Vladimir Moreira.

Quanto ao mérito, o autuado alega que o levantamento fiscal não contempla os valores de ICMS recolhidos no período que deveriam ser deduzidos do montante exigido no presente Auto de Infração. Protesta ainda que não constam dos autos comprovação alguma de que as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal correspondem a aquisições por ele efetivamente realizadas.

Conclui reiterando seu pedido de nulidade, redargüindo ainda que, caso não seja atendido esse seu pleito, seja o Auto de Infração julgado procedente em parte, deduzindo-se as parcelas relativas aos Autos de Infração por ele citados e lavrados anteriormente e as importâncias relativas aos tributos já recolhidos no período fiscalizado.

A autuante se manifesta, fl. 348, mantendo a autuação e esclarecendo que, solicitara ao autuado que apresentasse os demonstrativos entregues pelos autuantes dos Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1 para que se fizesse o confronto com as notas fiscais dos autos, ora em lide, e o autuado não se pronunciou.

Ainda em pauta suplementar esta 2ª JF, decidiu por nova diligência fiscal junto à ASTEC, fl. 351, para que diligente estranho ao feito procedesse à identificação das notas fiscais que simultaneamente foram objeto de Autos de Infração em duplicidade, conforme alega a defesa, em relação ao presente e aos Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1. Tendo sido

também determinado no pedido de diligência que após a apresentação do resultado da diligência ao autuado fosse reaberto o prazo de defesa.

A ASTEC apresenta conclusão da diligência através do Parecer nº 0092/2006, fls. 354 a 370, colacionando aos autos, fls. 371 a 393, cópias dos Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1 e seus respectivos demonstrativos. Dos exames realizados pelo diligente da ASTEC restaram evidenciados, após o cotejo entre as notas fiscais dos três Autos de Infração lavrados contra o autuado nos exercícios de 1999 a 2003, que somente as seguintes foram consideradas em duplicidade: exercício de 2000 - Notas Fiscais nºs 1128 e 174539, em outubro, Notas Fiscais nºs 224 e 225, em novembro e Nota Fiscal nº 56654 em dezembro; exercício de 2001 - Notas Fiscais nºs 194161, 194598, 194991, 195440, 9002 e 9003, em junho. Procedidas às exclusões correspondentes o diligente apresenta novo demonstrativo de débito relativo à infração 01, fls. 354 a 355, evidenciando que o valor do débito originalmente lançado valor de R\$ 278.291,09, ficou reduzido para R\$ 269.863,81, remanescendo inalterado o débito lançado da infração 02, fls. 355 a 356.

O autuado intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência, fls. 397 a 405, porém, não se manifestou.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de 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 nos anexos 69 e 88, apurado com base nas notas fiscais fornecidas pelo CFAMT nos exercícios de 1999 a 2003 - infração 01, acrescido da falta do recolhimento do ICMS Adicional Fundo de Pobreza relativos aos exercícios de 2002 a 2003 - infração 02.

Inicialmente deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado com base nas justificativas a seguir apresentadas:

1. no tocante a alegação da defesa de cerceamento de defesa e descumprimento do devido processo legal pela falta de fornecimento das notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT e dos demonstrativos que compuseram a apuração do débito exigido, entendo ter sido superada essa preliminar de nulidade, vez que, o atendimento da diligência determinada por esta Junta, fl. 320, preencheu a lacuna apontada pelo autuado. Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa e de descumprimento do devido processo legal. Do mesmo modo, não acolho a alegação do autuado de cerceamento de defesa pelo fato de ter sido entregue a intimação, fl. 327, para fornecimento das cópias dos demonstrativos e das notas fiscais em endereço distinto do contribuinte, tendo em vista a manifesta dificuldade evidenciada nos autos de se localizar o efetivo endereço do autuado, que tivera oportunidade na sua defesa de esclarecer qual o seu correto endereço para intimação, e não fizera;
2. quanto à falta de prorrogação da Ordem de Serviço nº 509596, aduzida pela defesa como preliminar de nulidade, não deve prosperar, tendo em vista que o presente Auto de Infração fora motivado pelo pedido de baixa da inscrição no CAD-ICMS/BA, provocado pelo próprio contribuinte, portanto, de seu pleno conhecimento. Ademais, restou patente nos autos as reiteradas tentativas da fiscalização para notificar o autuado, tanto através do endereço do estabelecimento, quanto através dos endereços dos sócios. Pelo contrário, a não prorrogação da ordem de serviço somente beneficiou o autuado, tendo em vista que dispusera de um prazo bem mais amplo para exercer o direito a espontaneidade;
3. em relação à existência de *bis in idem*, pelo fato de terem sido lavrados os Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1, com a alegação de haver coincidências de período e de acusação fiscal, diligência fiscal realizada pela ASTEC, fls. 354 a 356, detectou notas fiscais lançadas em duplicidade em relação ao demais Autos de Infração e procedera ao expurgo dos

valores comprovadamente já exigidos anteriormente, restando, portanto, inteiramente ultrapassada essa questão.

Resta, somente, rechaçar a pretensão do autuado em considerar que os débitos apurados no exercício de 1999 foram alcançados pelo decurso decadencial, por já ter transcorrido cinco anos entre a ocorrência do fato gerador e o lançamento de ofício. Esclareço que está equivocado o entendimento da defesa em relação à decadência do débito exigido nesse período, pois, nos termos do art. 173 do CTN, ainda não havia ocorrido a decadência do direito de ser lançado o crédito tributário relativo ao período assinalado. O prazo de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Em relação ao exercício de 1999, o primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2000. O lançamento poderia ser feito, por conseguinte, até 31/12/04 e o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/04. Por tudo isso é que não acato os argumentos da defesa.

Desse modo, considero inteiramente ultrapassadas as questões preliminares e prejudiciais.

No que concerne ao mérito das duas infrações, depois de examinar e me convencer do correto procedimento levado a efeito por preposto da ASTEC na eliminação das duplicidades de notas fiscais constantes de Autos de Infração distintos lavrados contra o autuado, constato que estão devidamente comprovados nos autos o cometimento parcial da infração 01 e integral da infração 02. Embasadas que se encontram através das notas fiscais capturadas pelo CFAMT e apensadas aos autos, fls. 20 a 273, bem como, por meio dos novos demonstrativos elaborados pelo diligente da ASTEC, fls. 354 a 356, onde se afiguram expurgadas todas as notas fiscais que já haviam sido objeto dos Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1.

Apesar de a defesa alegar não existir comprovação alguma nos autos de que as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal correspondam a aquisições efetivamente realizadas, verifico que as referidas documentações acostadas aos autos pelo autuado apresentam todas as características de operação regular de aquisição de mercadorias pelo autuado. Primeiro, além de constar, corretamente nas notas fiscais todos os seus dados mercantis como destinatário, as mercadorias nelas discriminadas, sem exceção, são atinentes ao seu ramo mercantil – comércio atacadista de alimentos e bebidas. Segundo, muitas dessas operações são faturadas e se repetem ao longo do período fiscalizado, o que significa que foram pagas pelo destinatário, pois, caso contrário, o remetente não continuaria transacionando com inadimplente. Ademais, o CONSEF tem acatado como prova de aquisição pelo destinatário as notas fiscais capturadas pela fiscalização de trânsito no percurso do estabelecimento autuado e disponibilizadas pelo CFAMT, nos casos em que não seja efetivamente comprovado o uso indevido dos dados cadastrais do destinatário, como ocorrera no presente caso.

Descabe também a pretensão do autuado no que diz respeito da compensação dos valores do ICMS recolhidos no período fiscalizado, tendo em vista que não fora apurado recolhimento algum em relação às notas fiscais capturadas pelo CFAMT, além do que o autuado não carrou aos autos comprovação alguma que consubstanciasse sua alegação.

Em suma, concluo que tendo em vista a diligência somente constatou notas fiscais em duplicidades, decorrente das lavraturas dos Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1, nos exercícios de 2000 e 2001, não afetou os valores apurados na infração 02 que somente alcançou os exercícios de 2002 e 2003.

Por tudo isso, com base no novo demonstrativo de débito, fls. 304 a 356, elaborado pelo diligente da ASTEC que excluiu as notas fiscais já consideradas nos Autos de Infração nºs 019290.0009/01-0 e 206859.0020/02-1, nos meses de outubro a novembro de 2000 e no mês de junho de 2001, o débito da infração 01, que fora lançado originalmente como sendo R\$ 278.291,09, passou para R\$ 269.863,81, e manteve inalterada a infração 02.

Tendo em vista que os demais períodos de apuração relativos à infração 01 remanesceram inalterados em relação ao demonstrativo elaborado pelo autuante, fls. 4 a 6, apresentamos a seguir o novo demonstrativo de débito atinente aos meses alterados com as correções procedidas.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - MESES CORRIGIDOS

NUM. OCORR	INF	DATA OCOR.	DATA VENC.	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ.	IMP. DEVIDO	
5	01	31/10/00	09/11/00	15.232,12	17,0%	2.589,46	60,0%
10	01	30/11/00	09/12/00	84.781,18	17,0%	14.412,80	60,0%
11	01	31/12/00	09/01/01	49.512,29	17,0%	8.417,09	60,0%
17	01	30/06/01	09/07/01	36.030,06	17,0%	6.125,11	60,0%

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento parcial, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **120018.0007/04-0** lavrado contra **LDN COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 283.661,40**, sendo R\$ 47.103,52, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$ 236.557,88, acrescido da multa de 60%, com previsão no mesmo dispositivo legal acima citado, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR