

PROCESSO - A. I. N° 207351.0002/05-2
RECORRENTE - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0041-02/06
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 15/03/2012

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0030-12/12

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Entretanto, não restou comprovado nos autos o cometimento da infração imputada ao sujeito passivo tributário. Não acolhidas as arguições de preliminar. Infração elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0041-02/06) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 17/06/2005, pela falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 986.100,08, com a aplicação da multa de 70%.

Após análise e saneamento entendido necessário, a JJF prolatou a seguinte Decisão, após sumarizar as alegações de defesa:

“VOTO

(...)

Verifico que todas as alegações apresentadas pelo autuado estão eivadas de fragilidade comprobatória, pois nenhuma delas afasta de forma contundente a caracterização das operações de aquisição de Álcool Anidro Carburante da COOPERSUCAR, materializado nas notas fiscais discriminadas nos presentes autos.

Entendo que em toda e qualquer justificativa relativa à distinção entre formulários de controle interno, de assinatura de funcionário, ou não, da empresa é de difícil comprovação, portanto em nada robustece a pretensão do autuado;

Assegurar, argumentativamente, que nunca realizou operação de serviços de transporte, pois terceiriza este serviço, não conduz a convicção alguma como elemento probante da pretendida simulação;

Do mesmo modo, quanto aos pagamentos terem sido realizados em São Paulo, com depósito identificado, sem constar os dados do autuado e sem coincidências entre os valores depositados e as notas fiscais, entendo que não tem relevância alguma, qualquer destas alegações. Pois, o recibo de depósito sem constar o nome do depositante é padrão do Banco Central e, quanto às divergências entre os valores dos depósitos e as notas fiscais, convém ressaltar que os faturamentos para entrega futura são realizados em grandes volumes e as remessas quase sempre ocorrem em volumes fracionados, a depender do meio de transporte utilizado na entrega do produto.

Discordo também da estatística sumária e expedita, apresentada pelo autuado, de que é comum no Brasil, a utilização de aquisição de mercadorias em nome de empresas idôneas, como é o caso do autuado. O que se tem verificado, com assaz freqüência, talvez seja aquisição de mercadorias em nome de empresas chamadas de “laranjas”, com sobrevivência efêmera no mercado, pois são adrede constituídas para este tipo de operação ilegal, e de maior dificuldade de se identificar os verdadeiros sócios, ao passo que empresas já há muito tempo constituídas e consolidadas no mercado, muito mais facilmente são detectadas.

Verifico também, da análise dos elementos que compõem os autos que, é de causar espécie, a estratégia defensiva adotada pelo autuado, na proteção de sua integridade fiscal e, consequentemente, patrimonial. Uma vez que, ante a acusação fiscal de tão significativa monta que, segundo sua tese defensiva, se origina de uma simulação de vendas, com o uso indevido de sua razão social, não manteve contato imediato, com prepostos do seu contumaz fornecedor e emitente das notas fiscais, exigindo de pronto, esclarecimentos e a identificação dos fraudadores de suas identidades mercantil, fiscal e societária, ou no mínimo, das pessoas que realizaram as operações de compras, já que por sua alegação de simulação, não teriam sido os mesmos que usualmente realizavam as compras de sua empresa junto a COOPERSUCAR. Esta pronta e imediata exigência dos devidos esclarecimentos se atendida pela empresa vendedora e trazidas aos autos com as necessárias providências de responsabilização, poderiam sim contribuir sobremaneira para eximir a responsabilidade do autuado decorrentes. Optou o autuado, exclusivamente, pela formal via Judicial, mais segura, porém mais morosa e impessoal. Não constam dos autos manifestação alguma, explícita e paralelamente, do autuado cobrando as necessárias e imprescindíveis explicações do emitente das notas fiscais de seu contumaz fornecedor, que utilizou, indevidamente, sua razão social.

Entendo que a Ação Declaratória de Inexistência de Negócio Jurídico cumulada com Perdas e Danos, impetrada pelo autuado no judiciário de São Paulo, contra a COOPERSUCAR, em nada interfere na presente ação fiscal, tendo em vista que o Estado da Bahia não figura como parte na aludida ação, bem como, o objeto da ação não é, e nem poderia ser, contra a exigência fiscal, ora em lide. Além do que a referida ação judicial impetrada pelo autuado não encontra amparo na legislação tributária do Estado da Bahia para provocar o sobremento do presente Auto de Infração. Ademais, uma simples cópia da petição não se constitui prova inequívoca do efetivo ingresso da ação no judiciário, ao contrário de uma certidão expedida pelo cartório da Distribuição que atestaria a real existência da referida ação judicial.

Não considero também determinante para a comprovação da operação de compra não registrada pelo autuado o fato de inexistir nos autos os protocolos de fronteira, como alega a defesa, eis que existe a possibilidade de transposição dos postos fiscais de fronteiras por estradas vicinais, fato este que irremediavelmente afeta a pretensão do autuado.

Constatou também que o autuado manteve-se silente, quanto às informações prestadas pelo emitente das notas fiscais em questão, acostadas à informação fiscal elaborada pelo autuante, fls. 835 a 845. Nestas informações fornecidas pela COOPERSUCAR, emitente das notas fiscais em questão, em atendimento à intimação específica em relação às notas fiscais, objeto da presente ação fiscal, efetuada pelo fisco de São Paulo que atuou conjuntamente com esta SEFAZ, estão discriminadas as características e identificação dos agentes envolvidos e que concretizaram as operações entre a TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA e a COOPERSUCAR. Conforme sintetizamos à seguir;

- Empresa compradora : TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA;
- Praticante da venda pela COOPERSUCAR : Sr. Tarsilo Ricardo Rodrigues – Gerente Comercial da área de Álcool;
- Intermediário da negociação. BMF – Bolsa de Mercadorias de Futuro de São Paulo;
- Comprador : Sr. Marco José de Bezerra Menezes- sócio do autuado, fl. 795;
- Vendas realizadas na condição de a vista com emissão de nota fiscal de venda Faturamento para Remessa Futura e emissão da nota fiscal de Remessa na retirada do produto;
- Dados das contas bancárias para depósito dos pagamentos;
- Cópia de extrato bancário do pagamento de uma das notas fiscais emitidas em nome do autuado, fl. 842, indicando o ingresso do Recurso.

Diante de tais elementos, todos contidos nos presentes autos, depreendo com bastante clareza que as operações de aquisições de Álcool Anidro Carburante, constantes das notas fiscais elencadas foram realizadas entre a COOPERSUCAR e a TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA. Consequentemente, não tendo registrado em seu livro de Registro de Entradas na forma preconizada pelo art. 322 do RICMS/97-BA, restou comprovado o cometimento da infração, em lide, com base na presunção legal preconizada no § 3º do art. 2º do RICMS/97-BA..

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Em voto discordante o ilustre julgador Dr. José Bezerra Lima Irmão apresenta sua posição em relação à presente lide como se segue.

O lançamento em discussão nestes autos baseia-se em Notas Fiscais emitidas pela Coopersucar, de São Paulo, tendo como destinatária formal das mercadorias a empresa Total Distribuidora Ltda., estabelecida na Bahia, pelo fato de essa empresa não ter escruturado as aludidas Notas Fiscais em seus livros. Tal lançamento tem por

fundamento a presunção legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Embora esse tipo de procedimento fiscal seja muito comum, no caso em exame há uma peculiaridade que o torna diferente dos demais: as Notas Fiscais não foram colhidas pelo sistema CFAMT, como geralmente ocorre.

O CFAMT – como é do conhecimento de todos os que conhecem as rotinas da fiscalização deste Estado – é um sistema de controle de mercadorias em trânsito pelas rodovias baianas. Esse controle consiste no seguinte:

- a) na passagem das mercadorias pelos postos fiscais, os prepostos do fisco retêm as vias das Notas Fiscais destinadas a esse fim;*
- b) os documentos retidos nos postos são digitados, alocando-se os dados dos mesmos num banco de informações eletrônicas específico para cada estabelecimento de contribuinte;*
- c) os documentos retidos são arquivados, formando um controle paralelo, também por estabelecimento;*
- d) posteriormente, os fiscais que atuam na fiscalização de estabelecimentos, de posse das listagens emitidas pelo sistema de informática, verificam na escrita dos contribuintes se os documentos foram registrados;*
- e) caso os documentos não tenham sido registrados, os fiscais requisitam os documentos armazenados nos arquivos físicos do CFAMT, fazem as demonstrações pertinentes, lavram o Auto de Infração apurando o fato e juntam aos autos os documentos correspondentes.*

O CONSEF tem firmado jurisprudência no sentido de que as Notas Fiscais retidas pelos postos fiscais deste Estado, através do sistema CFAMT, constituem prova de que as mercadorias circularam, efetivamente, pelo território baiano.

Situação bem diversa e esta ora em exame, pois as Notas Fiscais em que a fiscalização se baseia não foram colhidas através do sistema CFAMT, pois foram obtidas, ao que parece, junto ao fornecedor, em São Paulo. Sendo assim, não há prova, nos autos, de que as mercadorias circularam pelo território baiano.

Nas Notas Fiscais acostadas aos autos consta como natureza da operação que se trata de operações efetuadas pelo regime de “entrega futura”. As transações foram feitas em bolsa de mercadorias. Os pagamentos foram efetuados a vista – tanto assim que a data das Notas Fiscais de faturamento é a mesma data do “vencimento”. Como é notório, pagamentos a vista dificultam a identificação da pessoa que pagou. Se se soubesse quem fez os pagamentos, seria fácil chegar-se à pessoa que comprou. Faltam, porém, provas nesse sentido, nos autos.

Tomando-se por exemplo as duas primeiras Notas Fiscais – as de nº 496 e 499 (fls. 17 e 18) –, datadas de 20/9/00 e 29/9/00, respectivamente, percebe-se que as datas de emissão coincidem com as datas de vencimento, e os pagamentos das compras foram feitos, em ambos os casos, no dia 21/9/00 (extrato bancário à fl. 19), sendo oportuno observar que o pagamento da segunda operação foi feito uma semana antes da emissão da Nota Fiscal.

As duas Notas acima apontadas dizem respeito a “venda para entrega futura”. Observe-se agora uma Nota de “remessa” relativa à citada venda para entrega futura – a de nº 26396 (fl. 20), correspondente a parte da mercadoria objeto da supramencionada Nota Fiscal 496. A Nota Fiscal 26396 é a que documenta a saída efetiva da mercadoria (parte). Como se trata de uma cooperativa, a Coopersucar emitiu a Nota Fiscal 26396 especificando, no rodapé, qual a usina cooperada da qual a mercadoria sairia, ou seja, Usina Santa Cruz. Na Nota Fiscal 26396 consta que a transportadora é a empresa Sylce Transportes Rodoviários Ltda., estabelecida na Rodovia SP-333, km 119, município de Jaboricabal, São Paulo, a qual é inscrita no cadastro de contribuintes daquele Estado. O veículo transportador (“cavalo”) tem a placa CNI-7007, e a carreta tem a placa CNI-6951. Nome do motorista: Roberto dos Anjos. Basicamente, os dados da Nota Fiscal correspondem aos do Boletim de Entrega (fl. 21), salvo no que concerne ao nome do cliente (destinatário), pois no Boletim de Entrega consta apenas “Total Ltda.”, quando o nome correto seria Total Distribuidora Ltda.

Não foi anexada cópia do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC), que é o documento hábil para documentar a prestação do serviço. Foi juntada apenas cópia da Autorização de Carregamento e Transporte (fl. 23), que é um documento provisório, uma espécie de “documento de coleta de carga”, tanto assim que consta nele a observação de que “O Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas será emitido posteriormente e enviado ao tomador do serviço...”. Persiste então a dúvida: quem é o tomador do serviço?

De todos os elementos que examinei, um desperta a atenção: trata-se da “Ordem de Carregamento”, que é feita por meio de um “fax”, conforme cópia anexa (fl. 22), contendo no alto, impresso pelo aparelho de “fax”, um telefone de Minas Gerais. Tal instrumento indica como transportadora a “Total Transportadora Ltda.”. Isto significa que a tal Ordem de Carregamento parte de uma localidade no Estado de Minas. O que isso significa, afinal?

Como a mercadoria faturada na Nota Fiscal 496 foi entregue parceladamente, os documentos às fls. 24 a 147 cuidam das entregas parciais da referida nota-mãe.

As fls. 148 a 151 referem-se à Nota Fiscal 499, já mencionada.

A partir da fl. 153, inicia-se outro ciclo, relativo à Nota Fiscal 507 (nota-mãe).

Tomei por referência apenas o primeiro jogo de documentos, mas essa questão repete-se nos demais documentos. As transportadoras envolvidas no bloco de Notas Fiscais acima assinalado, até a fl. 151, são a Sylce Transportes Rodoviários Ltda. (de Jaboticabal) e a Transportadora Valfredo Canhedo (de São José do Rio Preto). A partir da fl. 152, há outras transportadoras: Total Distribuidora Ltda. (de Jequié), Rodoviário Liderbras S.A. (de Ribeirão Preto), CSV Transporte Carvans Ltda. (de Paulínia), AR Transportes e Rep. Ltda. (de Santo André).

Essa autuação decorreu, parece-me, do instrumento à fl. 360, em que o fisco paulista dirigiu ofício à “SEFAZ-Salvador”, ou seja, ao fisco baiano, solicitando que fossem verificadas as Notas Fiscais no estabelecimento destinatário. No referido ofício, a autoridade do fisco paulista aduz que, “Caso se confirme a não realização das operações, obter Declaração neste sentido e encaminhar-nos, para ação fiscal junto ao remetente”.

De fato, se empresas paulistas simularam operações, no Estado de São Paulo, como se fossem operações com mercadorias destinadas à Bahia, e se as mercadorias ficaram por lá mesmo, o problema diz respeito unicamente ao Estado de São Paulo, não podendo a fiscalização baiana pretender lançar imposto relativo a fatos, lícitos ou ilícitos, ocorridos fora de seu território.

Não estou convencido de que o autuado seja o efetivo destinatário das mercadorias relativas às Notas Fiscais em lide. As Notas Fiscais não foram retidas pela fiscalização do trânsito deste Estado, de modo que não há prova de que as mercadorias ingressaram ou circularam no território baiano. Além disso, não foi feita prova, pelo autuante – já que quem acusa deve provar –, no que concerne a como e por quem foram feitos os pagamentos das operações.

O autuado é estabelecido em Jequié. Uma mercadoria procedente de São Paulo, para chegar a Jequié, passa no mínimo por dois postos fiscais no território baiano. O motorista de um caminhão-tanque pode, eventualmente, burlar a fiscalização uma ou duas vezes, mas não posso admitir que dezenas ou centenas de caminhões consigam fazer isso, sistematicamente. Se essas mercadorias tivessem vindo para a Bahia, as Notas Fiscais teriam sido retidas pelo CFAMT, pois é para isso que o CFAMT existe.

O autuado, além de negar veementemente que tivesse efetuado as aquisições em apreço, provou que entrou com Ação Declaratória de Inexistência de Negócio Jurídico Cumulada com Perdas e Danos contra o emitente dos documentos, a Coopersucar.

Por outro lado, no plano administrativo, requereu formalmente (fl. 778) que a fiscalização juntasse os “protocolos” de fronteira, ou seja, os comprovantes de que as mercadorias circularam fisicamente pelos postos fiscais de fronteira, que são as vias das Notas Fiscais que são retidas pelo CFAMT quando as mercadorias transitam pelos postos fiscais. Na sustentação oral, a representante da empresa afirmou que requereu três vezes a juntada, aos autos, dos aludidos elementos. Os comprovantes que a defesa pede que sejam anexados são elementos que somente o fisco tem condições de exibir, por força do seu poder de polícia.

O art. 142 do RPAF é claro: “Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Sustentei, como preliminar, que este processo deveria ser remetido em diligência, a fim de que fossem anexadas as cópias das Notas Fiscais porventura retidas pela fiscalização do trânsito, mas fui vencido naquelas ponderações.

Se o contribuinte requer a produção de provas de que só o fisco dispõe – ou pode dispor – e o seu apelo não é acolhido, no mínimo estará havendo cerceamento de defesa.

Seja como for, não estou convencido de que o autuado adquiriu as mercadorias em questão. O simples fato de as Notas Fiscais em questão indicarem como destinatária determinada empresa não prova que esta tenha realmente efetuado as compras. Embora eu não esteja afirmando que tal situação ocorra, não se perca de vista a possibilidade de os emitentes, ao venderem mercadorias para pessoas estabelecidas nos seus Estados, a fim de não pagarem o tributo à alíquota interna, simularem vendas para outros Estados, debitando-se assim pela alíquota interestadual, que é consideravelmente menor. Repito que não estou afirmando que isso tenha ocorrido, pois seria leviandade fazer tal afirmação sem provas. O que quero dizer é que não estou convencido de que o autuado tenha participação nas transações em apreço.

Com efeito, há uma dúvida razoável quanto ao fato objeto desta autuação. As circunstâncias aventadas pelo sujeito passivo são corroboradas pelos elementos constantes nos autos.

O art. 112 do CTN recomenda que a lei tributária que define infrações ou lhe comina penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos (*in dubio pro reo*).

Casos de dúvida acarretam a nulidade do procedimento. Nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

No entanto, no presente caso, votarei pela improcedência do procedimento, porque – repito – não estou convencido de que as mercadorias tenham sido destinadas ao autuado ou que tenham sequer circulado no território baiano.

O meu entendimento acerca desse tipo de autuação é consentâneo com a jurisprudência deste Conselho, inclusive da Câmara Superior, haja vista o Acórdão CS nº 1023/99.

Em Decisão da 1ª Junta, através do Acórdão JJF 2335/00, no julgamento do Auto de Infração nº 232854.0005/00-2, tendo sido relatora a nobre auditora fiscal Clarice Anízia Máximo Moreira, foi apreciado um caso bastante semelhante ao presente, isto é, compras interestaduais de mercadorias apuradas com base em cópias das vias fixas das Notas Fiscais obtidas junto aos estabelecimentos emitentes, situados em outros Estados, como no caso ora em análise. Dos três itens objeto daquela lide, os dois primeiros cuidavam, respectivamente, da falta de antecipação de ICMS nas entradas das mercadorias e da presunção legal de omissão de saídas por falta de contabilização daquelas entradas. As mercadorias eram enquadradas no regime de substituição tributária. Os dois primeiros itens foram julgados improcedentes por falta de comprovação da efetiva aquisição das mercadorias. Reproduzo, a seguir, a ementa do aludido acórdão:

.....
Na Decisão a que me reporto, os itens 1º e 2º do Auto de Infração foram analisados em conjunto por se tratar de situações correlatas, tendo sido ambos os fatos apurados em função dos mesmos documentos fiscais. Naquele caso, a defesa fez referência ao Acórdão CS 1023/99 da Câmara Superior, pelo qual um Auto de Infração que havia sido julgado procedente teve a Decisão reformada para improcedente. Dado o vínculo que percebo nos três casos, e visando a fundamentar o meu voto na jurisprudência da Junta e das Câmaras deste Conselho, transcrevo, a seguir, trecho do voto da ilustre relatora, Dra. Clarice Moreira, no supramencionado Acórdão JJF 2335/00 da 1ª Junta, da qual, com todo merecimento, é a Presidente:

.....
Em face de tudo isso, voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Após tomar ciência da Decisão prolatada pela 1ª Instância, a empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 916/937).

Observando a tempestividade do seu Recurso Voluntário e identificando a infração, informa que foi intimada à apresentar esclarecimentos sobre as operações comerciais ora em exame (com a COOPERSUCAR - Cooperativa Produtora de Cana de Açúcar de São Paulo) e que, à época, tempestivamente, havia declinado não ter conhecimento, nem ter realizado nenhuma daquelas operações comerciais. Na ocasião demonstrou, exaustivamente, vícios existentes nas provas apresentadas pelo fisco, comprovando a inidoneidade dos documentos fiscais e, por fim, requereu que a Inspetoria Fazendária de Jequié solicitasse o protocolo de fronteira do período fiscalizado, a fim de identificar a passagem dos produtos pretensamente destinados à Total Distribuidora Ltda - filial Jequié, provenientes de São Paulo. No entanto, o fisco estadual não solicitou os referidos protocolos de fronteira, único meio de se comprovar a entrada do produto no Estado da Bahia. Ressalta, neste momento, que de acordo com a quantidade de álcool anidro supostamente adquirido seriam necessários mais de cem caminhões para o seu transporte, logo, impossível não haver o registro nos dois postos fiscais antes da mercadoria chegar em Jequié. Desta forma, a fiscalização não produziu qualquer prova que comprovasse essas aquisições.

Entende que houve fraude e simulação praticada por terceiros, tendo sido utilizados, sem autorização, os seus dados cadastrais. E, a propósito deste argumento, ressalta que esse terceiro poderia ter sido facilmente identificado pelo fisco já que consta a “Ordem de Carregamento” com o número do fax (fl. 22), contendo o telefone nº 034-3428-2210 e 034-3428-2822, do contribuinte SANTANA AGRO INDUSTRIAL LTDA, situado na Rodovia BR 153, s/n, KM 247,3, CEP 38.230-000, Zona Urbana, Município Fronteira, Estado de Minas Gerais. Portanto, o telefone que autorizava as aquisições encontra-se nos autos, o que demonstra que o recorrente não adquiriu as mercadorias que serviram de esteio para a autuação. Observa de que todos os indícios levam a crer que o real comprador não está estabelecido na Bahia, não cabendo, por conseguinte, qualquer tributo a este Estado.

Afora tais considerações, entende não poder prosperar o argumento de que o comprador das mercadorias seria um dos seus sócio, pois o documento trazido aos autos nada mais é do que um “comunicado interno” da própria COOPERSUCAR, referente a um mero cadastro de compradores. E o fato do nome de um dos seus sócios constar no referido cadastro da COOPERSUCAR (fl. 795), trata-se de uma informação normal, inclusive porque já adquiriu mercadorias a esse fornecedor, mas em pouca quantidade e em período diferente do fiscalizado.

Para provar não ter agido com passividade aos fatos praticados pela COOPERSUCAR, ajuizou contra a mesma Ação Declaratória de Inexistência de Negócio Jurídico, cumulada com Perdas e Danos.

Ademais, continua, diz ter demonstrado que a acusação fiscal é absolutamente desprovida de fundamentação factual e legal, pois baseada em mera legislação infralegal (Decreto nº 6.284/97), assim como restou demonstrado que, efetivamente, não adquiriu as mercadorias cuja falta de escrituração das respectivas notas fiscais ensejou a lavratura do Auto de Infração.

Nesta ocasião, menciona que embora tenha solicitado perícia e diligência, a JJF não as acatou, embora não tenha havido unanimidade nessa Decisão, o que no seu entender configura cerceamento do direito de defesa.

Entendendo ter havido equívocos insanáveis na acusação (Auto de Infração amparado em meras suposições, sem qualquer prova contundente capaz de demonstrar o efetivo cometimento do ilícito fiscal), erroneamente mantidos no Acórdão, passa a discutir o seu mérito.

Afirma, novamente, não ter adquirido as mercadorias ora autuadas, as desconhecendo, e somente tomando conhecimento dos documentos fiscais quando do recebimento, em 28/09/2004, do Termo de Intimação e seus anexos. Ressalta, em seguida, que a simples inserção dos dados do destinatário em uma nota fiscal não é elemento suficiente para garantir que as mercadorias tenham chegado no suposto estabelecimento destinatário. Assim, mesmo com a existência de notas fiscais da COOPERSUCAR faturadas em nome do recorrente, não se verifica qualquer documento que comprove tais aquisições. Ao contrário, existem, sim, provas contundentes de que houve fraude e simulação, tendo sido utilizados, indevidamente e sem autorização, os seus dados cadastrais.

Informando que seu entendimento sobre a matéria em pauta coincide com o julgador que proferiu o voto discordante, passa a analisar os votos constantes no Acórdão recorrido.

Analizando a necessidade da existência de elementos probatórios para proceder à autuação com base em notas fiscais não obtidas junto ao sistema CFAMT (obtidas junto ao fornecedor em São Paulo), traceja considerações a respeito do voto discordante do Acórdão recorrido, com a qual totalmente comunga e, mais uma vez, afirma não haver provas nos autos da realização das operações ditas realizadas.

A respeito do argumento da desnecessidade dos controles solicitados ou protocolos de fronteira, em face da alegação contida no Acórdão acerca da possibilidade de transposição dos postos fiscais por estradas vicinais, o entende absurdo posto que, como constatado inclusive pelo julgador que proferiu o voto discordante, uma mercadoria procedente de São Paulo, para chegar a Jequié, passa no mínimo por dois postos fiscais no território baiano. Além do mais, desvios ou a burla da fiscalização poderiam ser feitas uma ou duas vezes, mas não por dezenas ou centenas de caminhões sistematicamente, necessários para transportar a quantidade de combustíveis autuado. Nesta esteira, foi requerido pelo menos três vezes que fossem juntados os “protocolos de fronteira”, ou seja, os comprovantes de que as mercadorias circularam fisicamente pelos postos fiscais de fronteira (vias das notas fiscais retidas pelo CFAMT), elementos que somente o fisco tem condições de exibir. Citando as determinações do art. 142, do RPAF/BA, observa que o julgador do voto discordante *“foi vencido em sua ponderação de realização de diligência”*, pois tal prova o fisco não apresentou. E, mais uma vez, entende que a não realização de diligência na

forma requerida cerceou o seu direito de defesa e feriu o contraditório, o qual neste momento discorre.

Por outro lado, continua, caberia também a fiscalização demonstrar que as despesas foram efetivamente suportadas pela empresa. Que o comprovante de depósito apresentado pela fiscalização como pretensa prova de que teria efetuado o pagamento da mercadoria não faz referência a nenhuma conta bancária a si pertencente. Inclusive, apesar desse documento apresentar-se ilegível, observou que o depósito foi realizado em São Paulo, Estado onde nunca teve filial, sendo, portanto, totalmente descabida a prova apresentada.

Por outro lado, o comprovante de depósito no valor de R\$3.403.754,91 não condiz com os valores constantes das notas fiscais emitidas pela COOPERSUCAR. Afora que ao analisar as notas fiscais acostadas aos autos, consta como natureza da operação, que se tratam de operações efetuadas pelo regime de “entrega futura”. As transações foram feitas em bolsa de mercadorias. Os pagamentos foram efetuados a vista, o que se comprova pela data daquelas de faturamento que são as mesmas datas dos “vencimentos”. Que embora “pagamentos a vista”, como disse o julgador do voto discordante, dificulta a identificação da pessoa que pagou, ele assinala quem fez os pagamentos, tornando de fácil manejo a sua identificação. Porém nos autos faltam tais provas. Neste sentido, apresenta a análise feita no voto discordante a respeito das notas fiscais nºs 496 e 499, observando, ainda, que no Boletim de Entrega não consta o nome completo da empresa autuado e afirma que “não há que se dizer que: “o recibo de depósito sem o nome do depositante é padrão do Banco Central”, bem como, que “as divergências entre os valores dos depósitos e das Notas Fiscais não tem relevância”, posto que, se estes são os argumentos do fisco para autuar uma empresa, os mesmos precisam ser provados. Se a Fazenda se utiliza de um comprovante de depósito para alegar a aquisição das mercadorias por um determinado contribuinte, o mínimo a que este documento deve se prestar é identificar o depositante, se não se presta, obviamente ele não serve para comprovar a titularidade do depositante, já que não o identifica”.

Diz, ainda, que o mesmo raciocínio se presta para análise da divergência de valores, pois se os depósitos servem para comprovar a aquisição das mercadorias (como quer a Fazenda), é óbvio que os valores devem guardar consonância entre si, sob o risco de não se prestarem a provar coisa alguma, além de um depósito entre milhares efetuados para COOPERSUCAR.

Ressalta, em seguida, de que não foram anexados cópias dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRC), documento hábil para documentar a prestação do serviço. Foi juntada apenas cópia da Autorização de Carregamento e Transporte”, que é um documento provisório, uma espécie de “documento de coleta de carga”, conforme prova o mesmo quando indica que o CTRC será posteriormente emitido, o que, inclusive suscitou o questionamento do julgador discordante de quem seja o tomador de serviço.

Por outro lado, o modelo de “Ordem de Carregamento” adotado pelo recorrente não corresponde ao apresentado pela fiscalização, o que prova a montagem da referida ordem, feita de “forma grosseira”. Nesta linha, passa a analisar o documento que o fisco apresentou, ressaltando nesta análise que o nome da empresa está errado (Total Distribuidora S/A ao invés de Total Distribuidora Ltda) e a pessoa que assinou a Ordem de Carregamento – Sr. ALEX KLEBER M. GALHARDO é pessoa totalmente desconhecida do seu quadro funcional. Tudo conforme provas apresentadas. Nesta linha, volta a discordar da posição do voto vencedor da JJF quando foi dito que “a distinção entre formulários de controle interno e da assinatura de funcionário, sejam de difícil comprovação”. Discorre, ainda, sobre o número do telefone existente na cópia da Ordem de Carregamento apensada e como já relatado anteriormente (número do fax ser de Minas Gerais).

Argumenta, para provar a simulação que foi realizada, de que nunca prestou serviço de transportes de mercadorias, sendo tal serviço terceirizado pela empresa. Trazendo os pre-requisitos legais para ser investido como uma transportadora e que o transporte de carga própria

é identificado quando a nota fiscal dos produtos tem como emitente ou destinatário a empresa, entidade ou pessoa proprietário do veículo, reafirma nunca ter realizado tais transportes. Entende que no específico caso, deveria ter o fisco requisitado os respectivos registros dos veículos supostamente transportadores das mercadorias autuadas. Neste sentido, enfatiza que como a prática da utilização indevida de dados cadastrais por terceiros é prática corriqueira no País, a despeito da opinião contrária do voto vencedor, a legislação de alguns Estados da Federação prevê a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando a empresa autuado impetra alguma ação judicial contra o fornecedor. Comenta sobre a legislação de Pernambuco, das prerrogativas/garantias do contribuinte expressas no CTN e que ingressou em 18/10/2005 com Ação Declaratória de Inexistência de Negócio Jurídico cumulada com Perdas e Danos contra a COOPERSUCAR, única forma que tem para se resguardar dos possíveis prejuízos advindos da situação, sendo, inclusive, abusiva, a afirmação do voto vencedor de que deveria ter contatado o fornecedor para sanar a situação. Nesta linha afirma que “*não cabe a Fazenda tecer ilações sobre teóricas prudentes atuações desta empresa autuado*”.

Passa em seguida a discorrer a respeito do art. 112, do CTN, ou seja, quando a lei tributária não atribui infração se houver dúvidas quanto a “*natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou extensão dos seus efeitos*”. Neste seu discurso, traz decisões de tribunais, Acórdões deste Colegiado, inclusive da Câmara Superior (Acórdão CS nº 1023/99) e observa que a autuação decorreu de solicitação feita pelo fisco paulista para que fossem verificadas as notas fiscais no estabelecimento destinatário e que, caso fossem provadas a não realizações das operações, obtivesse declaração neste sentido para futura ação fiscal junto ao emitente dos documentos fiscais.

Por outro lado, prossegue, o Auto de Infração foi lavrado por presunção, inclusive não legal já que a prova da imputação não foi apresentada pelo fisco, pratica esta que não se coaduna com as determinações do art. 142, do CTN. Discorrendo sobre tais determinações, afirma ser conclusivo de que, em face da garantia constitucional da legalidade e do princípio da tipicidade cerrada, o dever jurídico de pagar tributo não pode se fundamentar em prova indireta, ou seja, é vedado cobrar tributo por presunção. E, ainda trazendo à discussão as determinações do art. 333, I, do CPC afirma de que um simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um Auto de Infração arrimado apenas na suposição (presunção não contemplada em lei) de que houve o ilícito, sob pena de se está tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente é devido, pois com exceção da presunção legal tipificada, até a prova material concreta do fato infringente, a qual ratificaria o ilícito praticado, qualquer fato ocorrido se fulcra apenas em mera suposição (presunção), que se não estiver tipificada em lei, não tem valor probante para arrimar qualquer exigência concernente a repercussão tributária relativa à obrigação principal, pois como já foi dito, é condição *sina qua non* para a presunção ser legal, que a mesma esteja disciplinada em lei, sob pena de ser considerada apenas uma suposição.

Apresentando seu entendimento a respeito da inversão do ônus da prova, citando no seu bojo posições de Paulo Celso Bonilha e Pontes de Miranda, para concluir que quando *se trata de constituição do crédito tributário, na própria configuração oficial do lançamento, a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo do lançamento seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o Fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa. Vindo o sujeito passivo a contestar a fundamentação do ato aplicativo lavrado pelo Fisco, o ônus de exhibir a improcedência dessa iniciativa impugnatória volta a ser, novamente, da Fazenda a quem quadrará provar o descabimento jurídico da impugnação, fazendo remanescer a exigência. A propósito, quando das RAZÕES APRESENTADAS PELA EMPRESA, ANTES DO LANÇAMENTO, RESPONDENDO AO TERMO DE INTIMAÇÃO, operou-se claramente a inversão ao ônus da prova. A profanada presunção juris tantum em favor da Fazenda Pública, se é que existe, não remanesceu após a apresentação da mencionada resposta, inclusive porque houve o*

pedido do contribuinte para que o Fisco colhesse os dados das notas fiscais no sistema CFAMT, imprescindíveis para esclarecimento dos fatos.

Requer a improcedencia da ação fiscal. Apensa aos autos cópias do seu Contrato Social, da sua defesa inicial e da ação ajuizada contra a COOPERSUCAR (fls. 338/363).

A PGE/PROFIS (fls. 966/967), na sua manifestação, entende que este Colegiado deveria requerer a realização de diligência para que fossem anexadas aos autos as cópias das notas fiscais porventura retidas pela fiscalização de trânsito. Baseia seu pedido na observância à busca da verdade material dos fatos jurídicos tributários, bem como, do princípio da instrumentalidade das formas que rege o processo administrativo e tendo em vista que a veracidade das informações apresentadas pelo recorrente, se confirmadas, são capazes de elidir a ação fiscal.

Esta 2ª CJF atendendo a solicitação externada pela PGE/PROFIS encaminhou os autos à ASTEC/CONSEF para que fossem tomadas as seguintes providências (fl.970)

1. Que fosse verificado no sistema de Controle Fiscal Automizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT) se alguma das operações consignadas nas notas fiscais arroladas nos Anexos 01-2000 (fls. 8/ 11) e 01-2001 (fls. 13/15) transitou por algum posto fiscal baiano.
2. Caso positivo, que fossem anexadas aos autos a listagem do CFAMT e as notas fiscais retidas pela fiscalização.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 0174/2006 (fl. 972), fiscal estranho ao feito esclareceu que no CFAMT não constavam mais as informações relativas ao exercício de 2000 uma vez que o período se encontra prescrito. Quanto ao exercício de 2001, não localizou, na listagem extraída no referido sistema (fls. 973/976), qualquer documento constante no demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante às fls. 13/15.

Em manifestação (fls. 982/984), o recorrente, em apertada síntese, apresenta os mesmos argumentos do seu Recurso Voluntário e quanto à conclusão a que chegou a ASTEC/CONSEF afirma que o fisco, relativamente ao exercício de 2000 “*não atendeu à solicitação da empresa autuado quando o período ainda não estava prescrito, mas agora argui a prescrição para se livrar da prova irrefutável de que a mercadoria, objeto do AI, não adentrou no Estado da Bahia. Tal fato é um atentado ao princípio do direito de defesa e do contraditório, principalmente se levarmos em consideração que o ônus da prova para proceder ao lançamento tributário é do Fisco, mas em face da carência de provas a própria empresa autuado solicitou a listagem CFAMT*”. E, em relação ao exercício de 2001 restou provada a não internalização neste Estado das mercadorias autuadas. Em vista destas constatações, restava demonstrada a improcedência da autuação.

Por fim e para se obter mais uma forma de prova ao que arguia, solicitou que a PETROBRÁS fosse oficializada para informar a movimentação de entrada rodoviária de álcool anidro hidratado na tancagem da base de Jequié e no período da presente lide.

Em manifestação (fl. 987/988), o autuante apresenta a argumentação de que nem todo o trânsito de mercadorias deste Estado passam pelos postos de fronteiras, conforme pretende afirmar o recorrente, o que o torna falacioso. Informa que a fiscalização de mercadorias em trânsito, espalhadas pelas fronteiras do Estado, mantém postos volantes no intuito de diminuir a sonegação, porém em alguns casos, a exemplo da farinha de trigo e combustíveis, tem se mostrado ineficaz. Esta situação levou o poder público a adotar tratamento especial no trânsito de mercadorias - “compra confirmada” para os combustíveis, conforme art. 228-A, do RICMS/BA, que transcreve.

Observa, por fim, que além das notas fiscais emitidas pela COOPESUCAR, existe uma declaração da mesma dando conta que o comprador é o Sr. Marco José Bezerra Menezes, sócio da empresa autuada (fls. 835/845).

O recorrente, mais uma vez, manifesta-se (fls. 991/993) trazendo no bojo desta manifestação os mesmos argumentos já apresentados anteriormente. No mais, afirma que a apresentação, por parte do autuante, do argumento da ineficácia dos postos de fronteira para manter a autuação, não merece credibilidade, principalmente por não se estar nesta lide se falando de um caminhão, mas sim de mais de cem caminhões.

O fato do nome de um dos seus sócios constar no cadastro interno de compradores da Coopersucar não pode ser considerado como prova, pois se trata de uma informação extremamente normal no ramo de combustíveis, inclusive porque já adquiriu álcool a esse fornecedor, todavia, em pouca quantidade e em período diferente do fiscalizado. E, compulsando os autos facilmente se observa que a ficha de cadastro apresentada não traz nenhuma vinculação à aquisição do combustível objeto da autuação. Além do mais, diz respeito a período posterior ao do fato gerador em tela.

Reiterando seu pedido para que este Colegiado acionasse a PETROBRAS, pugna pela improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da douta procuradora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, após indicar a irresignação do recorrente, apresenta as seguintes considerações (fls. 997/999):

“(...)

Preambularmente, cumpre aduzir que a análise acurada dos autos revela a ausência de elementos seguros de convicção, comprobatórios de que o autuado tivesse adquirido mercadorias da empresa COOPERSECAR sem proceder aos registros dessas operações nos livros fiscais próprios.

A verdade é que a presença exclusiva de cópias xerográficas de notas fiscais colhidas diretamente do emitente dos documentos fiscais estabelecido em outra unidade da federação — suposto fornecedor — não consiste em baldrame satisfatório para evidenciar a realização das operações mercantis atribuídas pelo fisco à recorrente.

Com efeito, os dados existentes no processo permitem inferir que o fiscal autuante se baseou nos indícios existentes — cópias das notas fiscais emitidas pelo suposto fornecedor — para aplicar a presunção legal de saídas de mercadorias sem o recolhimento do imposto, tendo, todavia se abstido de coletar elementos outros capazes de corroborar a realização das operações tributáveis pelo sujeito passivo.

Neste diapasão, diante de eventuais indícios de realização de operações mercantis desprovidas dos registros fiscais correlatos, a fiscalização deveria, dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos, ter lançado mão de outras formas para constatação da prática dos atos que se quer ver provados, o que não se verificou na hipótese sub examine.

Não se pode olvidar que a presunção legal, em que se estribou a autoridade fazendária, constitui meio de prova supletiva, sendo admitida excepcionalmente pela legislação estadual.

Registre-se que o exame do processo demonstra a existência de provas e argumentos elisivos da infração imputada, quais sejam: a) a inexistência, junto aos cadastros do CFAMT, de qualquer das operações consignadas nas notas fiscais produzidas pela COOPERSUL, que embasaram o procedimento fiscal em apreço, não restando comprovado o trânsito das mercadorias pelo território baiano, consoante Parecer exarado pela ASTEC ás fls. 272; b) divergência entre os valores relativos às notas fiscais apontadas em cotejo com o valor do comprovante do depósito bancário acostado; c) ausência do CTRC - Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, documento comprobatório da prestação do serviço e informador do destinatário das mercadorias e d) a alusão, no documento denominado “ordem de carregamento”, de número de linha telefônica de titularidade da empresa SANTANA AGRO INDUSTRIAL LTDA, situada no Estado de Minas Gerais.

Acresça-se a tudo isso, o fato de que o art. 112 do CTN reza que a lei tributária que defina infrações ou comine penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado no que toca à natureza ou às circunstâncias materiais do fato ou dos seus efeitos.

Disso tudo se deflui que a mera existência de indícios não tem o condão de legitimar a punição do contribuinte, não se podendo olvidar que o direito tributário é de interpretação estrita, em razão do que o ilícito fiscal deve estar cabalmente demonstrado.

Como supra demonstrado, inexistem nos autos provas materiais que possuam o condão de sustentar a tese de que o autuado, indubitavelmente, efetuou compras de mercadorias sem o devido registro nos livros fiscais competentes, donde se conclui que o procedimento fiscal, baseado exclusivamente em indícios, encontra-se eivado de vício insanável.

Mister se faz aduzir que, o vício insanável é a qualidade atribuída ao defeito ou à falta que, atacando o ato, o toma nulo e inoperante, não permitindo qualquer remoção ou suprimento da falta ou defeito, ou tornando impossível a sua repetição.

Sucede que, a anulação de um ato obedece a uma série de regras, contidas na lei ou decorrentes de princípios gerais de interesse público, dentre as quais, ressalte-se, a observância ao princípio do aproveitamento dos atos praticados, em razão do que se pode aproveitar o ato no todo, ou em parte, evitando-se o retrocesso procedural por causa de eventual nulidade.

Outra, aliás, não foi a intenção materializada no art. 18, §3º, do Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999 (RPAF), quando estabeleceu que a nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou consequentes.

Inobstante, na hipótese em apreço não há possibilidade de aproveitamento de qualquer ato praticado, já que, à vista dos documentos existentes no processo, foi o Auto de Infração lavrado a partir de elementos insuficientes para comprovar, cabalmente, o cometimento do ilícito tributário e, consequentemente, inábeis para imputar penalidade ao sujeito passivo.

Esta é, inclusive, a posição encampada reiteradamente tanto pelos tribunais pátrios, quanto pelo e. Conselho de Fazenda do Estado da Bahia em situações análogas, como transcrita adequadamente pelo recorrente.”

Opinou pelo acolhimento dos argumentos apresentados no Recurso Voluntário.

Em despacho (fls. 1001/1002) o procurador assistente da PGE/PROFIS discorda do Parecer acima exarado por entender necessário e imperioso o exaurimento da busca da verdade material. Assim solicita que este Colegiado encaminhe os autos em diligências da seguinte forma:

- a) *encaminhamento de ofício à ANP para que informe a existência ou não, referente ao período de 2000/2001, de declarações das empresas COPERSUCAR - Cooperativa Produtores de Cana de Açúcar e Álcool e TOTAL DISTRIBUODRA LTDA informações sobre operações de transporte e armazenagem de combustível, conforme impõe a legislação de regência da Agência Nacional de Petróleo;*
- b) *que a Gerência de Substituição Tributária, devidamente autorizada pela SEFAZ do Estado São Paulo, no exercício do poder de polícia administrativo, verifique nos livros fiscais e contábeis da empresa COPERSUCAR — Cooperativa Produtores de Cana de Açúcar e Álcool indícios da realização das operações imputadas no lançamento em face da empresa autuado;*
- c) *que o CONSEF, com arrimo no art. 198 do CTN (Lei Complementar nº 104/2001), oficie ao BANCO CENTRAL DO BRASIL para que seja prestada a informação sobre a existência ou não, durante o período fiscalizado, de operações bancárias entre as empresas COPERSUCAR – Cooperativa Produtores de Cana de Açúcar e Álcool e TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.*

Em sessão de pauta suplementar do dia 08/08/2007, esta 2ª CJF entendeu que a única diligência necessária e viável a ser realizada seria à ANP – Agência Nacional de Petróleo. Acatou esta sugestão da PGE/Profis e encaminhou os autos à Secretaria deste Colegiado visando a sua realização (fl. 1004).

A Presidente deste CONSEF, em 05/09/2007 envia Ofício nº 382/2007 (fls. 1007/1011) ao Coordenador da ANP neste Estado para que confirmasse as seguintes questões:

“1 - existem declarações das empresas COPERSUCAR Cooperativa de Produtores de Cana, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo Ltda. — CNPJ 61.149.589/0126-08-e TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA. - CNPJ 01.241.994/0002-81 informando a realização de operações de transporte e de armazenagem de álcool anidro carburante, no período de 2000 a 2001;

2 - há, neste órgão, algum registro pertinente às operações comerciais consignadas em notas fiscais emitidas pela COPERSUCAR— CNPJ 61.149.589/0126-08, cuja relação segue em anexo”

Através do Ofício nº 2625 (fl. 1013), o Superintendente Adjunto de Abastecimento da ANP esclarece não ter sido possível identificar as operações da COOPERSUCAR nos anos de 2002 e 2001 já que o envio de dados do fornecedor de álcool etílico combustível para fins automotivos, tomou-se obrigatório com a edição da Resolução ANP nº 5, de 13/02/06, que apensou aos autos. E, após detida verificação, não foi constatada nenhuma operação comercial com a COPERSUCAR, a partir dos dados declarados no Demonstrativo de Controle de Produtos (DCP) da “TOTAL DISTRIBUIDORA S/A - CNPJ 01.241.994/0002-81”, no período de 2000 a 2001.

O autuante foi cientificado da informação prestada pela ANP (fl. 1019) e assim se manifesta (fls. 1035/1040): “*O processo é uma comunicação do ofício número 2625/2007/SAB, datado de 19 de outubro de 2007, oriundo da ANP — Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, em resposta a uma solicitação do CONSEF — Conselho de Fazenda Estadual do Estado da Bahia. A comunicação faz referência a diligência levada a efeito no PAF 2073510002/05-2, contudo está desmembrada do referido processo desta forma não temos como estabelecer nexo entre o presente processo de comunicação 217975/2007-2 e o PAF 2073510002/05-2*”.

Por sua vez, o recorrente se manifesta aduzindo de que tais informações corroboram o que vem defendendo ao longo da presente lide (fls. 1022/1023).

Encaminhados os autos à PGE/PROFIS, o ilustre procurador Dr. José Augusto Martins Junior reitera seu pedido da diligência ao Banco Central do Brasil (fls. 1028/1030), no sentido de que seja informado a existência de movimentações financeiras e bancárias entre a empresa COPERSUCAR e a Total Distribuidora Ltda. Que tal pedido tem como suporte o exercício do poder de polícia investigativo pela Administração Fazendária, em especial a apuração de fraudes fiscais, como aparentemente ocorreu na lide em epígrafe, sendo o lastro normativo preconizado na Lei Complementar nº 105/2001, art. 6º, como transcrito.

Informa que os Tribunais Superiores já trafegam entendimento no sentido da possibilidade da obtenção destas informações pelas Autoridades competentes, no seio de Processo Administrativo Fiscal já instaurado, sem a necessária precedência de autorização pelo poder judiciário, transcrevendo Decisões do STJ.

Por fim, frisa que seu pedido de diligência não viola o princípio da intimidade, nem tampouco, uma quebra de sigilo bancário uma vez que as informações ficarão restritas ao presente processo e que elas somente estarão circunscritas a provar a realização de movimentações financeiras e, não montantes supostamente circulados.

Em nova pauta suplementar, realziada em 20/05/2008, esta 2ª CJF encaminha os autos à Coordenação Administrativa deste CONSEF para que: “*com base no disposto no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, se oficie ao Banco Central do Brasil, solicitando que sejam informadas as movimentações financeiras e bancárias ocorridas entre as empresas Coopersucar Cooperativa de Produtores de Cana, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo CNPJ 61.149.589/0126-08 — e a Total Distribuidora Ltda. - CNPJ 01.241.994/0002-81 , no período de setembro de 2000 a abril de 2001*”.

A Presidente deste CONSEF, em 06/08/2010 envia Ofício nº 641/2010 (fl. 1042) ao Banco Central do Brasil para que fosse cumprida a solicitação da PGE/PROFIS.

Através do Ofício nº DECIC/BA/REPRA - 2010/163 (fl. 1043), o Departamento de Prevenção a Ilícitos Financeiros e de Atendimento de Demandas de Informações do Sistema Financeiro – Representação em Salvador, através do seu Coordenador, Sr. Raimundo Gomez esclarece que o Banco Central do Brasil não dispõe das informações solicitadas. Entretanto, estava encaminhando, em anexo ao ofício, mensagens eletrônicas enviadas às instituições financeiras, quando requeria o envio de respostas, no prazo de trinta dias, diretamente ao CONSEF.

Constam às fls. 1046/1048, cópias dos e-mails enviados pelo Banco Central do Brasil, ao Banco do Brasil S/A, ao Banco Rural S/A e ao Bradesco S/A.

Às fls. 1051/1052 constam as respostas dadas pelo Banco do Brasil S/A e Banco Rural S/A à solicitação feita. Infomam tais instituições financeiras de que as partes envolvidas (COOPERSUCAR e Total Distribuidora Ltda) não tiveram movimentações financeiras e bancárias no período de setembro de 2000 a abril de 2001. Inclusive o Banco Rural S/A informa que na pesquisa realizada foi considerada a inscrição completa perante o CNPJ, incluindo-se o controle e dígitos verificadores.

O processo foi distribuído à esta Relatora. Observando de que as partes envolvidas na lide (empresa, autuante e PGE/PROFIS) não foram chamadas para tomar conhecimento das informações prestadas pelas instituições financeiras, os autos foram devolvidos à Coordenação Administrativa deste Colegiado para que fossem tomadas as providências necessárias (fl. 1054).

Manifestando-se acerca das informações prestadas (fls. 1060/1063), o recorrente traz os mesmos argumentos já amplamente relatados e entende que as informações prestadas pelas instituições financeiras mais uma vez corroboram tudo até então dito.

Por seu turno, o autuante (fls. 1095/1096) primeiramente observa que a resposta do Bradesco S/A não consta dos autos. Em seguida, diz ser pertinente infomar que desde o início dos trabalhos de fiscalização havia ressaltado de que as movimentações financeiras e bancárias ocorridas no período de setembro de 2000 a abril de 2001 foram efetuadas pelo sócio da empresa, Sr. Marco José Bezerra Menezes, CPF – 439859804-97 e a COOPERSUCAR.

No mais, trazendo as determinações do art. 39, VI, do RICMS/BA com seu §3º diz que tais determinações *“faz forte referência à situação concreta”*.

Entende que tais elementos são os que consideram pertinentes para conclusão do processo.

No seu Parecer conclusivo da lavra do Dr. procurador José Augusto Martins Junior (fls. 1101/1102), a PGE/PROFIS observa não existir nos fólios processuais elementos seguros e necessários para se determinar a infração imputada a empresa.

Quanto ao argumento do autuante a respeito da responsabilidade solidária, entende não merecer guarida, uma vez que não existe nos autos qualquer documento que indique uma suposta movimentação financeira entre o sócio da empresa autuado e a COOPERSUCAR. Ademais, continua, *“a responsabilidade solidária sugerida pelo autuante, com suporte no art. 39 do Decreto nº 6.284/97, não se pode entender como redirecionada automaticamente ao sócio, desde que necessária a prova dos requisitos esposados no art. 153 do Código Tributário Nacional, em espécie a prova do excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos na prática dos supostos atos engendradores da imputação infracional”*.

Opina pelo conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário.

A Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, designada para fazer a revisão do presente processo, acompanha todos os termos do Parecer anteriormente exarado e que consta às fls. 1101/1102 dos autos (fl. 1103).

A procuradora assistente da NCA/PGE/PROFIS, Dra. Paula G. Morris Matos, dar o seu “DE ACORDO” quanto ao posicionamento externado pelos nobres procuradores (fl. 1103).

Das fls. 1105 às fls. 1134 consta a resposta dada pelo Bradesco S/A a respeito da solicitação feita pelo Banco Central do Brasil. Apensa os extratos da conta nº 28.238-3 – Ag. 0271 da Total Distribuidora Ltda e informa que “períodos e contas sem movimentação não geram extratos”.

Diz, ainda, que localizou outras contas da empresa, entretanto as mesmas não apresentaram movimentações financeiras no período solicitado. Menciona que, de igual forma, não foram localizadas aplicações financeiras e/ou ações em nome da empresa autuada, nem da COOPERSUCAR. Por fim, esclarece que as informações apresentadas foram obtidas junto aos departamentos/agências gestores.

VOTO

A empresa, ao longo do seu Recurso Voluntário, embora não apresente como preliminares de nulidade da ação fiscal, traz argumentos que entendo devam ser inicialmente abordados.

Afirma que o presente Auto de Infração encontra-se embasado em artigos do Decreto Estadual nº 6.284/97, norma infralegal, portanto desprovido de fundamentação legal. A respeito de tal argumento, alinho-me totalmente com a posição externada pela JJF. O Decreto Estadual nº

6.284/97, apenas aprova o Regulamento do ICMS neste Estado, que nada mais é que a regulamentação da Lei Estadual nº 7.014/96 que, por sua vez, baseia-se na Lei Complementar nº 87/96. Em assim sendo, o Auto de Infração esta sob a regência da Lei nº 7.014/96, cuja infração foi devidamente enquadrada nos artigos indicados, após a descrição dos fatos ocorridos. Não existe qualquer vício legal a este respeito a ser suscitado.

Alega a empresa ter havido cerceamento do seu direito de defesa na medida que solicitou perícia e diligência, não acatadas pela JJF.

É cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99) solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito. Nesta linha, o relator do voto vencedor da Decisão prolatada pela JJF entendeu não ser necessária a realização da diligência solicitada, posição acompanhada pela maioria dos seus pares. Em assim sendo, não posso vislumbrar, no âmbito legal, o cerceamento de direito de defesa.

O Auto de Infração diz respeito à falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações de aquisição de Álcool Anidro Carburante não escriturado nos livros fiscais próprios.

A autuação, como bem assinalado pelo voto discordante da JJF, decorreu de uma solicitação do fisco paulista (DRT/6-NF.IF-2), acostada à fl. 360 e datada de 23/6/2003 do presente processo, para que o fisco baiano verificasse as notas fiscais oro autuados no estabelecimento destinatário. Nessa, a autoridade do fisco paulista solicita, caso não confirmada a realização das operações, que fosse obtida uma Declaração neste sentido e encaminhada a São Paulo.

O fisco estadual, através da INFIP (Inspetoria de Investigação), em março de 2004, solicitou ao recorrente a confirmação, ou não, destas operações não Registradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias (fl. 361). Solicitou, também, informações a respeito das ordens de carregamento emitidas por Alex Kleber M. Galhardo e que a correspondência deveria ser a ela encaminhada (fl. 361). Deu prazo de 48 horas após ciência para que a informação fosse prestada. Embora recebida pela empresa, não consta dos autos qualquer correspondência da mesma dirigida à INFIP.

Em setembro de 2004, conforme cópia de intimação acostada pela empresa (fl. 812) a Inspetoria de Jequié solicitou ao contribuinte que em um prazo de 10 dias apresentasse à fiscalização os documentos que respaldaram os lançamentos contábeis e fiscais das operações com a COOPERSUCAR no período de 01 a 20 de abril de 2001. Esta intimação foi recebida pela empresa em 28/08/2004 e em 8/10/2004 ela apresenta informação afirmando não ter realizado as operações comerciais. Nesta sua argumentação apresenta os mesmos argumentos que posteriormente trouxe na sua defesa inicial e no seu Recurso, conforme já relatado, e solicita diligência junto ao CFAMT para provar o que alegou (fls. 809/811).

Nos autos não existem mais quaisquer outras informações, com exceção dos documentos produzidos pelo fisco paulista, a não ser um dos levantamentos fiscais e o Termo de Início de Fiscalização lavrado em 10/04/2005 dando conta que o início da ação fiscal se deu em 10/04/2004 e finalizou em 10/04/2005. Que a fiscalização decorreu da Ordem de Serviço nº 508392/05, originada

do Processo nº 489050/2003-1. O Auto de Infração foi lavrado em 17/06/2005 e o contribuinte tomou ciência em 18/06/2005.

A empresa nega categoricamente que realizou as operações ora em discussão. Inclusive ajuizou Ação Declaratória de Inexistência de Negócio Jurídico cumulada com Perdas e Danos, contra a COOPERSUCAR na 37ª Vara Cível no Estado de São Paulo (fls. 953/963).

Ao analisar os documentos trazidos pelo fisco como prova do ilícito fiscal cometido pelo recorrente, todos os argumentos trazidos pelo contribuinte a respeito da possível inidoneidade dos documentos (ordens de carregamento e depósitos bancários), e exaustivamente relatados no presente Acórdão, são visíveis. A este respeito, o voto discordante prolatado pela JJF cuidou de fazer uma análise bastante minuciosa, que neste voto não cabe mais discorrer, pois já transcrita no relatório deste Acórdão. Apenas indico bastante relevante que o fax que transmitiu as Ordens de Carregamento é de Minas Gerais e não da Bahia.

Quanto às declarações da COOPERSUCAR trazidas quanto da informação fiscal (fls. 837/845) elas, por si só, apenas apresentam indícios das operações que podem ter sido realizadas. Inclusive observo que consta nestes documentos que o comprador foi o sócio da empresa, embora os documentos fiscais tenham sido emitidos em nome da empresa autuada. E, este fato foi claramente analisado pelo voto discordante prolatado pelo nobre julgador de 1º Grau.

Por outro lado, não foram anexados quaisquer Conhecimentos de Transporte – CTRC que pudessem respaldar o trânsito das mercadorias com destino a este Estado. E, neste sentido, os argumentos trazidos pelo contribuinte tem pertinência quando discorre sobre os procedimentos legais que devem ser seguidos por uma empresa transportadora, inclusive o transporte próprio.

Embora as notas fiscais tenham sido emitidas em nome da empresa e colhidas pelo fisco paulista junto ao fornecedor, são elas vias fixas do talonário do mesmo. Neste caso, é posição sedimentada deste Colegiado que elas devem estar respaldadas em provas outras, objetivando constatar efetivamente a operação realizada, uma vez que o simples fato dos documentos fiscais indicarem como destinatária determinada empresa não prova que ela tenha realmente efetuado as compras. No caso presente, as provas trazidas pelo fisco são meramente indiciárias.

Por fim, ao apresentar diversas GAREs – Guia de Arrecadação Estadual (anexadas ao PAF) com o imposto recolhido á este estado baiano em relação ás notas fiscais objeto do lançamento fiscal e em nome da Total Distribuidora S/A ou mesmo Total Distribuidora Ltda. restava a dúvida se, realmente, o imposto não deveria ter sido recolhido ao Estado de São Paulo.

Ressalto, neste momento, que faço todas essas considerações para que se possa melhor entender a posição tomada, durante mais de cinco anos, por este Colegiado, através de sua Segunda Instância, não somente atendendo aos apelos da PGE/Profis, mas, principalmente, em obediência aos princípios da legalidade e da verdade material.

Ao longo destes cinco anos foram realizadas três diligências.

Na primeira foi perquirido se as notas fiscais, objeto da autuação, passaram pelos postos de fronteira deste Estado. A ASTEC/CONSEF não conseguiu localizar aquelas do exercício de 2000 já que este período não consta do CFAMT. Quanto ao exercício de 2001, o sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda, que captura os documentos fiscais acobertadores das mercadorias que passaram pelos postos de fronteiras, não apresentou qualquer uma como se verifica ás fls. 973/976 dos autos.

Na segunda foi solicitado a ANP – Agência Nacional de Petróleo - se existiam declarações da empresa COOPERSUCAR e recorrente informando a realização de operações de transporte e de armazenagem de álcool anidro carburante, no período de 2000 a 2001 e se existiam registros naquele órgão das operações realizadas através dos documentos fiscais autuados. Mais uma vez, a resposta foi negativa. Embora não pudesse identificar as operações realizadas pela COOPERSUCAR no período autuado já que o envio de dados do fornecedor de álcool etílico

combustível para fins automotivos somente tornou-se obrigatório com a edição da Resolução ANP nº 5, de 13/02/06, realizou pesquisa não constatando nenhuma operação comercial com a COOPERSUCAR, a partir dos dados declarados no Demonstrativo de Controle de Produtos (DCP) da TOTAL DISTRIBUIDORA S/A - CNPJ 01.241.994/0002-81, no período de 2000 a 2001.

E, na terceira, ao Banco Central do Brasil para que fossem informadas as movimentações financeiras e bancárias ocorridas entre a COOPERSUCAR e a empresa autuada no período objeto da lide. Embora esta instituição financeira tenha informado não possuir os elementos solicitados, encaminhou o pedido ao Banco do Brasil S/A, Banco Rural S/A e Bradesco S/A. Todos foram unânimis em atestar a inexistência destas transações.

Diante de todos estes fatos, não existe nos autos qualquer prova efetiva de que a empresa tenha adquirido as mercadorias em questão. Ao contrário, tudo me levar a crer que ela não as realizou. E, para corroborar ainda mais a dúvida existente, o próprio autuante, quando de sua última informação diz não se surpreender com o fato de não se ter encontrado qualquer movimentação financeira e bancária entre a COOPERSUCAR e a empresa autuada já que as transações foram realizadas entre o sócio da empresa, Sr. Marco José Bezerra Menezes e a COOPERSUCAR. Assim, o Auto de Infração encontra-se respaldado no art. 39, VI, § 3º do RICMS/BA.

Sobre tal posição, a entendo equivocada, como bem colocado pela doura PGE/PROFIS. Ao se imputar responsabilidade solidária do sócio e/ou representante da empresa faz-se necessária a prova dos requisitos determinados no art. 135 do Código Tributário Nacional, ou seja, a prova de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos na prática dos supostos atos perpetrados. De igual forma, não se pode, sem a verdade material e todos os requisitos anteriormente indicados, imputar a empresa atos ditos praticados pelo seu sócio em seu nome.

Por tudo exposto, somente posso me alinhar com o entendimento firmado pelo nobre julgador do voto discordante de 1º Grau, quando indica que o art. 112 do CTN recomenda que a lei tributária que define infrações ou lhe comina penalidades deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos e que casos de dúvida acarretam a nulidade do procedimento, como dispõe o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Porém, como não restou provado nos autos que as mercadorias foram destinadas à empresa autuada ou mesmo adentraram no território baiano, sigo a jurisprudência deste Conselho de Fazenda, conforme já citada e, por a ela me filiar, voto pela improcedência do lançamento fiscal.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207351.0002/05-2, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS