

PROCESSO - A. I. Nº 269094.0002/17-0
RECORRENTE - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA. - EPP
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0040-01/19
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0044-11/20

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. Demonstrado que o autuado adquiria mercadorias em nome de terceiros, conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 1376/2016. Presunção de omissão de saídas com base na falta de registro de notas fiscais de aquisição. Observada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07. Rejeitadas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 1ª JF em 26/03/2019 que julgou, por unanimidade, procedente, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 496.428,92, em decorrência do cometimento de uma infração.

Infração 01. – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Trata-se de aquisição de mercadorias em nome de terceiros. Conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 1376/2016, comprovou-se que a empresa adquiriu mercadorias através de interposição da empresa fictícia Sudoeste Com. de Alimentos Ltda ME Sudoeste, CNPJ 34.318.956/0002-39. Ver demonstrativo anexo. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 31/03/2012 e 31/12/2012. **Valor:** R\$ 496.428,92.

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação da 1ª JF, que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente, o Auto de Infração em epígrafe nos seguintes termos:

“Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Rejeito o pedido de nulidade requerido pelo autuado em razão de suposta preterição do direito de defesa por não conter nos autos elementos para se determinar, com clareza, a infração imputada e o infrator. A presente exigência fiscal se baseia em presunção legal contida no inciso IV do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. A citação do art. 2º, § 3º, IV do RICMS/97, para enquadrar a infração ocorrida em março de 2012, não prejudicou o direito de defesa do autuado. Esta citação consistia em repetição da previsão legal acima referida que também estava em vigor na época dos fatos.

A descrição dos fatos indica a infração cometida de forma clara e os demonstrativos anexados das fls. 07 a 11 revelam a apuração do imposto devido com observação da proporcionalidade estabelecida na Instrução Normativa nº 56/2007. Ainda que houvesse alguma omissão na informação dos dispositivos infringidos, isso não acarretaria a nulidade do auto de infração porque foi determinado com clareza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Rejeito, também, o pedido de diligência requerido pelo autuado e o sugerido pelo autuante. Os documentos acostados aos autos são suficientes para a conclusão do julgador. Entendo que não surtiria qualquer efeito diligência visando buscar informações junto a empresa que não está em operação há vários anos.

O presente Auto de Infração decorre de operação da Secretaria de Segurança Pública (SSP), Departamento de Repressão ao Crime Organizado (DRACO) e a Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração

Pública (DECECAP), denominada “Borda da Mata”, em cumprimento à determinação do Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/BA, cujo produto das apreensões serviu de base para a elaboração do Boletim de Inteligência Fiscal nº 1376/2016 pela Inspeção Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP).

De acordo com o referido boletim, foi constatado que a administração da empresa TCL Transportes ocorria dentro das dependências da empresa Comercial Rio Bahia Ltda., onde foram encontrados talões de cheques, extratos bancários, documentos de veículos e termo de rescisão de contrato de trabalho da empregada Neudjane Freitas Novaes, sócia fictícia da Comercial Rio Bahia Ltda.

Consta à fl. 67 que documentos comprovam que a empresa Vale do Verdão S.A. emitia documentos fiscais para terceiros e recebia os comprovantes de entrega emitidos pela Comercial Rio Bahia Ltda. Também foi consignado à fl. 68 que documentos apreendidos revelaram a utilização da empresa Sudoeste Comércio de Alimentos Ltda. como destinatário fictício em remessas cujo transporte ficou a cargo da empresa TCL Transportes.

A verificação destas ocorrências, atestadas no boletim de inteligência fiscal, mesmo referentes a ocorrências a partir de 2013, revelam a prática de simulações de operações que vinham sendo colocadas em ação desde anos anteriores, como constatada na relação de notas fiscais que compõem o demonstrativo de débito deste Auto de Infração.

O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência de presunção da ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Os documentos fiscais referentes às entradas não registradas estão relacionados na planilha anexada das fls. 07 a 11, com chave de acesso das fls. 13 a 17, e tem como remetente e destinatário as empresas Vale do Verdão S.A. e Sudoeste Comércio de Alimentos Ltda., respectivamente, e como transportador a empresa TCL Transportes.

A operação “Borda da Mata” revelou a existência de associação criminosa que realizava operações fictícias com o intuito de não pagar tributos no Estado da Bahia. Por todo o exposto, não restam dúvidas que as operações registradas nos documentos fiscais indicados na planilha das fls. 07 a 11, entre a empresa Vale do Verdão S.A. e Sudoeste Comércio de Alimentos Ltda, com transporte efetuado pela empresa TCL Transportes, representaram operações que de fato tiveram como destino a empresa Comercial Rio Bahia Ltda.

Assim, não há porque se falar na existência de dupla presunção na exigência contida neste auto de infração, uma vez que as mercadorias foram entregues ao autuado.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.”.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 135/154), com juntada de documentos em mídia digital, com base nas seguintes alegações:

- a) Inicialmente pontuou que o Auto de Infração em epígrafe padece de nulidade, uma vez que sua fundamentação é totalmente insuficiente, não justificando a aplicação da presunção para a cobrança do ICMS e que tal vício vai de encontro ao quanto disposto no art. 129, § 1º, inciso V do COTEB, juntamente com o direito constitucionalmente garantido de ampla defesa e o princípio da fundamentação, segundo o qual todo procedimento fiscal deve ser devidamente fundamentado;
- b) Destacou que o art. 2º, § 3º, IV do RICMS/97, trata de uma presunção para a cobrança do ICMS, e que tal presunção só poderia ser instituída por lei, em razão da estrita legalidade tributária (art. 150, I da CF/88). Observou ainda que o mencionado artigo constitucional não autoriza a aplicação de uma dupla presunção como ocorrera o presente caso;
- c) Afirmou que o art. 124, inciso I, do RICMS/97, que trata exclusivamente do prazo para o recolhimento do ICMS, não tem qualquer relação com a dupla presunção realizada, assim como os arts. 218, 322 ambos do RICMS/97;
- d) Observou que o art. 936 do RICMS/97, foi revogado pelo RICMS/2012, logo não poderia justificar uma autuação fiscal realizada em 2017;
- e) Pontuou que os fatos geradores referentes aos períodos de abril, maio, junho, julho, agosto e dezembro de 2012 foram fundamentados de forma ainda mais simplória, uma vez que a respeito destes fatos geradores foi mencionado o art. 4º, § 4º, IV, da Lei nº 7.014/96. Destacou que o mencionado trata apenas da presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS quando restar comprovada a entrada de mercadoria não registrada, mas não justifica a aplicação desta presunção nos casos em que se presume que o contribuinte adquiriu mercadorias que foram destinadas a terceiros;

- f) Observou que até mesmo no que diz respeito à multa aplicada, os dispositivos legais não foram devidamente indicados, uma vez que não foram especificadas as alíneas aplicáveis;
- g) Pontuou que a autuação fiscal com base em presunção de omissão de saídas desacompanhada das provas do ingresso das mercadorias cujas entradas supostamente não foram registradas, já foi reconhecida pelo CONSEF, neste sentido mencionou os Acórdãos nºs: 0401-12/14 e 0397-12/05;
- h) Afirmou que o Acórdão recorrido considera que há provas nos autos, do ingresso das mercadorias pela Recorrente, no entanto não aponta quais seriam essas provas;
- i) Destacou apesar de ter sido negado o pedido de realização de diligência, não existem nos atos informações suficientes para comprovar a entrada de mercadorias no estabelecimento da Recorrente. Observou que lhe foram imputadas graves acusações, sendo necessária análise cautelosa do conteúdo probatório;
- j) Pontuou que o relatório de investigação indica claramente que existem apenas indícios das aquisições das mercadorias, mediante terceiros, não havendo demonstração efetiva da compra das mercadorias;
- k) Afirmou que a autuação está fundamentada numa presunção relativa, cuja premissa é a comprovação, pelo fisco, de que houve entradas de mercadorias não registradas no estabelecimento da Recorrente;
- l) Afirmou que os fatos que motivaram a autuação não se enquadram na hipótese legal de presunção. Sendo assim seria necessária a comprovação da entrada física ou jurídica de mercadorias no estabelecimento da Recorrente, para que assim, fosse possível a aplicação de presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS;
- m) Observou que as mercadorias adquiridas pela empresa fictícia cujo nome é Sudoeste Comércio de Alimentos Ltda. - ME, nunca entraram no estabelecimento da Recorrente;
- n) Afirmou que o ônus de provar que a Recorrente adquiriu as mencionadas mercadorias é da Autuante, uma vez que o ônus de comprovar o fato alegado é daquele que alega;
- o) Pontuou que o fundamento da autuação é exclusivamente a conclusão do Boletim de Inteligência Fiscal nº 1376/2016, que conclui pela existência de fortes indícios da aquisição de mercadorias, não havendo comprovação da prática de compra de mercadorias em nome de terceiros. Deste modo, é necessário que ocorra a comprovação, conforme atesta o Acórdão CJF nº 0397-12/05;
- p) Destacou que mesmo em casos em que há emissão de notas fiscais contra o contribuinte, o CONSEF sedimentou jurisprudência no sentido de que a mera apresentação de nota fiscal não é prova cabal da aquisição. Deste modo não se pode admitir como prova da aquisição de mercadoria, nota fiscal emitida contra outra empresa, que não a Recorrente;
- q) Afirmou que os documentos que motivaram a investigação em curso (esta, por sua vez é a fundamentação da presente autuação), se referem a supostas aquisições feitas pela empresa Sudoeste Comércio de Alimentos Ltda. – ME, perante a empresa Anicuns S/A Álcool e Derivados, no exercício de 2013. No entanto, a autuação imputa à Recorrente a aquisição de mercadorias perante a empresa Vale do Verdão AS Açúcar e Álcool, no exercício de 2012;
- r) Pontuou que a multa aplicada no patamar de 100% do tributo devido, representa manifesta inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF/88. Neste sentido mencionou o Agravo Regimental no RE 523.471, reconhecendo que o princípio constitucional da vedação ao confisco aplica-se à multas, juntamente com a abusividade da multa de 60%, que ultrapassa o valor declarado inconstitucional pelo STF;
- s) Finalmente pugnou pelo provimento integral do recurso apresentado, devendo ser reconhecida a nulidade/improcedência do Auto de Infração em epígrafe, pugnou juntamente pela conversão dos autos em diligência.

Posteriormente, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara, com o objetivo de ser apreciado

o Recurso Voluntário.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de uma única infração, descrita como *“omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Trata-se de aquisição de mercadorias em nome de terceiros. Conforme Boletim de Inteligência Fiscal nº 1376/2016, comprovou-se que a empresa adquiriu mercadorias através de interposição da empresa fictícia Sudoeste Com. de Alimentos Ltda ME, CNPJ 34.318.956/0002-39”*.

Tendo em vista que a Junta decidiu pela manutenção da autuação em sua integralidade, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, que passo a analisar.

Inicialmente, destaco que o presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência do Boletim de Inteligência Fiscal nº 1376/2016, em razão de ter sido verificada a aquisição de mercadorias mediante empresa fictícia. Ressalta-se que além do presente Auto, foram realizadas outras autuações, a exemplo do Auto de Infração nº 269094.0010/17-2, julgado por esta 1ª Câmara em 04/11/19, de modo que transcrevo as palavras da Ilustre Conselheira, Laís de Carvalho Silva, relatora do Acórdão CJP nº 0343-11/19, em razão da similitude da autuação:

“De início, cabe-nos a análise da preliminar de nulidade trazida pelo contribuinte, o qual afirma que o presente PAF não demonstra, com segurança, a infração e o infrator, pelas razões narradas no relatório acima.

Quanto à alegação de que a fiscalização se baseou em documentos emitidos por outras empresas e que a conduta imputada e o enquadramento legal são totalmente insuficientes, informo que o processo foi gerado em decorrência da operação “Borda da Mata” realizada pela INFIP/SEFAZ, onde restou efetivamente demonstrado que a empresa autuada utilizava documentos extrafiscais (pedidos) em nome da empresa fictícia (Brisa Comércio e Representações).

Conforme o boletim de fiscalização, restou demonstrado que o autuado efetuava saídas de mercadorias registradas em documento não fiscal, tendo como emitente uma empresa fictícia denominada Brisa Comércio e Representações, conforme exemplos anexados das fls. 117 a 130.

Na amostragem de documentos não fiscais apreendidos, em 41% não foram identificados os respectivos documentos fiscais e em 56%, a nota fiscal foi emitida em valor inferior ao constante no pedido (fl. 74).

Observe que consta no processo Nota Explicativa do autuante, às fls. 11/13, bem como mídia com todos os demonstrativos dos trabalhos realizados, anexos à fl. 13. Nele, encontramos os resumos dos demonstrativos de débito sintético dos exercícios de 2014, 2015 e 2016, em sumários extraídos do “Demonstrativo A-1”, o qual apura todas as operações realizadas pela autuada sem emissão de nota fiscal. Salienta o autuante que tal planilha foi destacada de outra planilha, “Demonstrativo A”, que arrola todas as operações de vendas de mercadorias efetuadas no período fiscalizado (com e sem emissão de nota fiscal).

Explica ainda que, para efeito de especificar as mercadorias transacionadas, os respectivos tratamentos tributários e a consequente apuração do imposto devido, foram apresentadas também as seguintes planilhas:

- Demonstrativo B: saídas por operação e por item de mercadoria;
- Anexo B-1: anexo do Demonstrativo B: lista de produtos comercializados por código;
- Demonstrativos C: contas a receber por pedido;
- Anexo C-1: Anexo da planilha C: lista de clientes por código;

Assim, descabe o pedido de nulidade formulado, tendo em vista que o PAF se encontra revestido de todos os elementos probatórios que comprovam ser a recorrente parte legítima da autuação (infrator), bem como a infração (devidamente tipificada pelo autuante) cometida por este.

Quanto à alegada necessidade de reconstituição do conta-corrente neste Auto de Infração, diferentemente do ocorrido no Auto de Infração nº 2690940001/17-3, o qual trata da falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, o autuante deixou claro que as EFD's anexadas ao processo comprovam que foram lançados todos os créditos fiscais decorrentes das aquisições regulares de mercadorias efetuadas pela autuada, motivo pelo qual não há, inclusive, necessidade de reconstituição da conta corrente fiscal.

Ademais, como bem salientou o julgador da Primeira Instância:

O que se está reclamando é a ausência do débito do imposto. A utilização de créditos fiscais vinculados a estas operações que ora são objeto da autuação depende da existência da efetiva aquisição mediante emissão de documento fiscal. O autuado não trouxe aos autos qualquer prova de que essas mercadorias foram adquiridas

nos termos da legislação, para que pudesse exercer seu direito ao crédito fiscal, correspondente ao pagamento do imposto pelos seus fornecedores. Desse modo, não há por que se falar em reconstituição da conta corrente fiscal, pois não há prova da existência de créditos fiscais vinculados às saídas objeto da autuação.

Assim, não merece prosperar tal alegação de nulidade, muito menos o pedido de diligência formulado neste sentido, bem como inexistente ofensa ao princípio da não cumulatividade apontada pelo contribuinte.

Quanto ao caráter abusivo/confiscatório da multa aplicada, este órgão administrativo não tem competência para se manifestar sobre inconstitucionalidade, conforme determinação do art. 167, I do RPAF/99.”.

Com relação ao presente Auto, indefiro a alegação de nulidade suscitada pelo Recorrente, tendo em vista que foi oportunizado o conhecimento da exata infração e da documentação que embasa a exigência, de modo que não vislumbro cerceamento ao direito de defesa do Recorrente. Saliento que a autuação se deu com base na presunção (relativa) veiculada mediante o inciso IV do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao Recorrente provar a inexistência de omissão de saídas, o que não ocorreu no presente caso.

Comungo ainda do entendimento da Junta, ao negar a conversão do feito em diligência, por considerar robusta a documentação apresentada pelo Autuante, encontrando-se presentes, portanto, todos os elementos necessários à resolução do mérito.

De fato, todas as provas acostadas aos autos evidenciam que as operações objeto da autuação, realizadas com destino à empresa Sudoeste Comércio de Alimentos Ltda. – ME, sediada no Estado de Minas Gerais, com situação cadastral “Não Habilitada – Suspensa”, em verdade foram destinadas ao Recorrente, tendo sido o transporte de todas as mercadorias realizadas pela empresa TCL – Rio Bahia, cujo local de funcionamento é a própria sede do Recorrente e cujos sócios são pessoas relacionadas ao real proprietário do Recorrente, o Sr. Perivaldo Machado de Vasconcelos.

Pontuo que está comprovado nos autos que o referido proprietário se utiliza de diversas empresas para fraudar o Estado da Bahia, sendo sua atividade objeto de fiscalização pelas autoridades, pelo menos desde o ano de 2005.

Evidenciado, assim, que todas as mercadorias indicadas nos demonstrativos acostados aos autos foram adquiridas pelo Recorrente e ingressaram no seu estabelecimento, tendo sido omitida a saída de tais mercadorias.

Por fim, com relação às alegações de inconstitucionalidade da multa aplicada, deixo de as apreciar, em vista do disposto no art. 167, I do RPAF/BA.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, conseqüentemente, pela manutenção do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269094.0002/17-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 496.428,92**, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS