

**A. I. N°** - 113840.0029/00-5  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ESTIVAS NOSSA SENHORA APARECIDA LTDA.  
**AUTUANTE** - VALDENI CUNHA NOVAES  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNETE** - 27.02.02

### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0042-01/02

**EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO DAS ESCRITAS FISCAL E CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A constatação de lançamento de receita de vendas na contabilidade da empresa em valor superior ao escriturado nos livros fiscais é comprovação suficiente de saídas de mercadorias sem a emissão de documento fiscal e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto. Infração constatada. 2. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. A constatação de obrigações pagas mas não contabilizadas indica que esses pagamentos foram feitos com recursos igualmente não contabilizados, circunstância em que a lei autoriza a presunção de omissão de vendas de mercadorias tributáveis. Confirmado o cometimento da infração. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração confirmada. b) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração caracterizada. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos o cometimento da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/03/01, impõe imposto a recolher no valor de R\$670.964,40, pelas seguintes irregularidades:

- 1) deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Diferenças constatadas através do confronto das escritas contábil e fiscal, conforme demonstrativo, cópias xerográficas das folhas do livro de Apuração e do livro “Razão”, referente a mercadorias com vendas a vista – Matriz e Loja 03 e, da folha do livro “Diário” correspondente a Demonstração da conta: Resultado do Exercício, relativo aos exercícios de 1997 e 1998 (fls. 16 a 74), no total de R\$335.022,02;
- 2) omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. Conforme demonstrativo da conta Fornecedor, xerocópia das folhas do livro Razão, dos exercícios de 1997 a 1999, e das folhas do livro

Diário, contendo o Balanço Patrimonial da empresa, referente aos exercícios de 1997 e 1998, (fls. 75 a 239), no valor total de R\$309.896,44;

- 3) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Conforme demonstrativo da Auditoria da Antecipação Tributária e xerocópia das notas fiscais (exercícios 1997 e 1998), bem como, dos DAEs dos meses de maio a novembro/97, fls. 240 a 267, no valor total de R\$14.667,27;
- 4) efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação relacionadas nos Anexos 69 e 88, conforme demonstrativo de Auditoria de Antecipação Tributária, xerocópia das notas fiscais e dos respectivos DAEs, referente ao exercício de 1998, no valor total de R\$2.684,34 ( fls. 268 a 291);
- 5) utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, conforme Auditoria Fiscal de Crédito Indevido, xerocópia das notas fiscais e das respectivas folhas do livro Registro de Entrada, exercícios de 1997 e 1998, no valor total de R\$8.694,32 (fls. 242 a 252 – 258 a 265, 270, 292 a 310).

O autuado, à fls. 315 a 318, apresenta defesa argumentando que o ICMS tem como fato gerador “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços ...”, conforme dispõe o art. 155, II, da Constituição Brasileira. Que embora a Constituição não crie tributos, ela atribui competência definindo sua abrangência e seus limites. No caso do ICMS, a lei complementar 87/96 atende a exigência específica do art. 155, §2º, XII, da CF/88. No entanto, a Lei Complementar 87/96, no seu art. 2º, dispõe de todo tipo de incidência, não incluindo nenhuma presunção, como prevista no RICMS/BA, no seu art. 2º, §3º.

Diz que mesmo a Lei nº 7.014/96 não poderia acrescer a presunção (art. 4º, §4º), como mais um tipo de incidência, ou outro momento da ocorrência do fato, por serem desconhecidos na Lei Complementar 87/96 ( art. 2º e 12) que cuida especificamente do ICMS.

Argumenta que o Decreto – o RICMS – não pode dispor sobre presunção, sobre fatos geradores diversos das operações de circulação de mercadorias, tais como: confronto das escritas fiscal e contábil, manutenção, no passivo, de suposta obrigação já paga ou inexistente.

Faz comentários sobre o sistema da SEFAZ de apropriação dos dados das vias das Notas Fiscais retidas nos Postos Fiscais e arquivadas num setor especializado, para dizer que numa fiscalização não bastaria a apresentação da lista de notas fiscais para comprovar a entrada da mercadoria, que esta deveria vir acompanhada da respectiva via da nota fiscal retida. Desta forma, estaria comprovado o recebimento, pelo contribuinte, das mercadorias. Que tais notas fiscais comprovam a circulação, isto é, o fato gerador do ICMS. Conclui dizendo que as infrações apontadas nos itens 1 e 2 são, ao seu ver, improcedentes, visto que suas tipificações em nada se enquadram na legislação relativa ao ICMS, ferindo, mortalmente, a CF/88, a Lei Complementar e a própria Lei Estadual nº 7.014/96, que dispõe sobre o tributo – ICMS. Quanto as demais infrações (3, 4 e 5) diz apenas “verifica-se a falta concessão de créditos correspondentes”.

Faz referencia ao Auto de Infração argumentando que se agregou juro moratório de acordo com a “Taxa Selic”. Que o Código Civil Brasileiro permite que as partes envolvidas no empréstimo fixem juros a serem cobrados. Entretanto, neste caso, não há uma relação contratual de empréstimo, entre o contribuinte e o Fisco. Que a 2ª Turma do STJ considerou ilegal e

inconstitucional a utilização da referida taxa para servir de base para reajustar tributos e contribuições que estejam em atraso.

Diz que o art. 150 da Constituição Federal/88, veda a União, Estados e Municípios exigir ou aumentar tributos sem que a lei estabeleça e que a taxa SELIC não foi criada por lei, mas por ato do Banco Central do Brasil (BACEN).

Conclui alegando que o imposto foi apurado em desacordo com dispositivos constitucionais, lei complementar e lei estadual; a falta de apresentação de demonstrativos fidedignos que facilitasse a comprovação do alegado, o que, ao seu ver, ensejam o cerceamento de defesa, aplicação dos dispositivos legais inconstitucionais; e não abatimento de créditos; além da cobrança de juros ilegais e inconstitucionais. Por fim, pede a improcedência da autuação.

O autuante, às fls. 319 a 322, informa que as razões defensivas são de uma fragilidade palpável. Que não cabe ao CONSEF examinar matéria de natureza constitucional, conforme art. 167, I, do RPAF/99. Informa que a abordagem feita pelo autuado em relação as notas fiscais retidas nos postos não tem nenhuma relação com a autuação.

Quanto ao item 1 – diz que a exigência do imposto corresponde a diferenças constatadas nas vendas de mercadorias, no confronto das escritas contábil e fiscal. Foram declaradas vendas a mais em sua escrita contábil, sem o devido registro na sua escrita fiscal, e conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto, conforme documentos anexados às fls. 16 a 74 do PAF.

Diz que o item 2 trata de omissão de saídas de mercadorias tributadas apuradas através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Esclarece que na devolução dos livros e documentos, dezoito dias antes da lavratura do Auto de Infração, foram entregues, no escritório contábil, além dos documentos, a relação dos Fornecedores para serem comprovados, já que não havia sido apresentado nenhuma comprovação. Salienta, também, que foi deduzido do saldo sem comprovação do exercício de 1998, o saldo não comprovado de 1997, conforme documentos anexados, às fls. 75 a 239.

No que se refere as infrações 3 e 4, diz que não procede a alegação de falta de dedução dos créditos correspondentes, conforme demonstrado nos papeis de Auditoria Fiscal da Antecipação Tributária, documentos anexados às fls. 240/241 – 257 – 268/269.

A infração 5, diz respeito as mesmas notas fiscais referente as mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação tributária, cujo imposto o autuado não fez na sua totalidade ou parcialidade, além de se apropriar do crédito das referidas notas. Créditos esses que já tinham sido deduzidos quando da apuração do ICMS antecipado.

Esclarece que, por decisão na INFAZ, ocorrida em 1999, o Auditor deveria entregar, com um prazo de 10 dias de antecedência, os demonstrativos elaborados durante a ação fiscal, para que fossem apreciados pelo sujeito passivo antes da lavratura do Auto de Infração. Que no momento da entrega dos documentos em devolução, também foram entregues os demonstrativos, conforme termo de arrecadação às fls. 13. Durante o prazo de defesa o processo permaneceu na Repartição local, à disposição do autuado e que o mesmo poderia ter vista, ou até mesmo obter cópia de qualquer de suas peças, conforme dispõem o art. 124 c/c o art. 11 do RPAF/99, descabendo a alegação de “falta de apresentação de demonstrativos fidedignos” e conseqüentemente, do cerceamento de defesa. Que o autuado não contestou números, nem apresentou nenhum fato ou argumento capaz de anular a ação fiscal, conclui mantendo a autuação.

Em sessão suplementar esta Junta de Julgamento Fiscal, entendendo que não constava nos autos a comprovação de que o autuado tivesse recebido cópias dos referidos demonstrativos das auditorias realizadas, baixou o processo em diligencia a INFAZ de origem para que fosse entregue ao

contribuinte cópias dos levantamentos e demonstrativos elaborados pelo autuante e que fosse reaberto o prazo de defesa (30 dias).

Como não houve o atendimento em conformidade com o acima solicitado, o processo retornou novamente a INFAZ de origem, desta vez com a descrição de quais os documentos deveriam ser entregues ao autuado e, que fosse comunicado da reabertura do prazo de defesa, conforme diligência anexada aos autos às fls. 327/328.

Cientificado o autuado se manifesta, às fls. 335 a 338, ratificando todos os termos de sua impugnação.

## **VOTO**

Inicialmente rejeito as arguições de nulidades apontadas pelo defendente sob os seguintes fundamentos:

Quanto aos acréscimos moratórios e multa por infração, os mesmos são calculados com base nas determinações contidas na Lei nº 7.014/96, não havendo o que se questionar.

Em relação alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade no que diz respeito a figura da presunção legal de realização de operações mercantis sem pagamento do imposto, por ter sido identificado a existência de “Passivo fictício ou inexistente”, tenho a ressaltar que nos termos do art. 125 da Lei 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior. Assim, sendo, apreciar a legalidade da legislação aplicada foge à competência desta Junta de Julgamento Fiscal. O autuante fundamentou a infração com base no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Também, não ficou caracterizado o cerceamento de defesa alegado, haja vista que o processo retornou a Repartição de origem para a reabertura do prazo de defesa (30 dias), tendo o autuado, mediante recebimento de intimação informando da reabertura do prazo de defesa e do recebimento dos demonstrativos e levantamentos das auditorias realizados, apenas, ratificado os termos de sua defesa.

O autuado não adentrou ao mérito das irregularidades apontadas na autuação, mesmo assim, tenho a esclarecer o seguinte:

Item primeiro – Ficou evidenciado nos autos, mediante a juntada de cópias do livro Registro de Apuração e do livro de contabilidade “Razão”, a existência de divergência entre os valores das operações de vendas à vista escriturados nos livros fiscais em confronto com os lançados na escrita contábil do contribuinte. Desta forma, está devidamente comprovada realização de operações de saída de mercadorias tributadas sem a emissão de documento fiscal, sem o registro na escrita fiscal e, principalmente, sem o recolhimento do imposto devido. Caracterizada a infração.

Item segundo – O autuante apresentou demonstrativo e levantamentos identificando a existência de manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes. Demonstrou, também, que foi excluído do valor apurado no exercício de 1998 a diferença exigida em relação ao exercício de 1997, evidenciando, com isso, não ter havido cobrança em duplicidade.

A figura do passivo fictício indica que a empresa efetuou pagamentos de duplicatas e não as contabilizou, fazendo com que os valores permaneçam como ainda pendentes. Assim, a lei autoriza a presunção de que os pagamentos foram efetuados com recursos decorrentes de vendas de mercadorias anteriormente realizadas e também não contabilizadas, descrição legal da hipótese

de incidência compreendido no âmbito da aplicação desse imposto, conforme estabelece o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que no caso presente não ocorreu.

Item terceiro – O autuante anexou ao processo os demonstrativos de Auditoria Fiscal da Antecipação Tributária por falta de recolhimento ( fls. 240/241 e 257), além das cópias xerográficas dos documentos fiscais e cópias de DAEs, para comprovação da infração.

Item quarto – Também, além de constar dos autos os papéis de Auditoria Fiscal da Antecipação Tributária, por recolhimento a menos (fls. 268 e 269), o autuante juntou as cópias xerográficas das notas fiscais e DAEs, comprovado o cometimento da infração.

Item quinto – Constam às fls. 292 e 305, demonstrativos da Auditoria Fiscal Credito Indevido (aquisição de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária) onde se verifica que o autuado utilizou indevidamente os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais.

Vale observar que foi reaberto o prazo de defesa, 30 dias, (por duas vezes) com a entrega, ao autuado, de cópias dos demonstrativos das Auditorias realizadas, no entanto não houve manifestação do defendente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **113840.0029/00-5**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS NOSSA SENHORA APARECIDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$670.964,40**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70%, sobre R\$335.022,02 e R\$ 309.896,44, e de 60% sobre R\$14.667,27, R\$2.684,35 e R\$8.694,32, previstas no art. 42, II, “d”, III, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA