

**PROCESSO** - A. I. Nº 140781.0001/03-7  
**RECORRENTE** - OLIVEIRA LEMOS COM. E REP. E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0343-03/03  
**ORIGEM** - INFRAZ BRUMADO  
**INTERNET** - 06/11/03

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0140-12/03

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MODIFICAÇÃO DO FULCRO DA AUTUAÇÃO. A autuação se apresenta com vícios que afetam a sua validade, por não conter elementos para se determinar com segurança a infração apontada. Decretada de ofício a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$59.017,40, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

O Julgador da Primeira Instância, em seu voto, rejeitou as preliminares de nulidade argüidas na defesa, considerando que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, disse inexistir erro de forma que pudesse ocasiona-la, e quanto à outra preliminar de nulidade, de que as mercadorias adquiridas e não escrituradas eram isentas à época dos fatos geradores, a analisaria juntamente com as alegações relativas ao mérito da lide.

No mérito, constatou que a ação fiscal é decorrente da falta de pagamento do ICMS, por presunção legal, tendo em vista que o contribuinte deixou de lançar, em seus livros, notas fiscais de entradas de mercadorias, indicando que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Aduziu que, de acordo com o citado dispositivo legal, não importa se os desembolsos de recursos do caixa da empresa foram efetuados para aquisição de mercadorias tributáveis ou não tributáveis, porque a lei presume que os ingressos de receitas anteriores às aquisições foram oriundos de saídas de mercadorias tributáveis não oferecidas ao Fisco.

Concluiu que não havia como determinar que as saídas de mercadorias anteriormente omitidas e que geraram receita para a aquisição daquelas cujas notas não foram escrituradas, tratava-se de produtos não tributados pelo ICMS, persiste a presunção legal de que se tratou de venda de mercadorias tributáveis.

Ao final, ressaltou que o contribuinte poderia, mas não o fez, ter provado que as notas fiscais foram efetivamente lançadas em seus livros contábeis o que resultaria na aplicação apenas de multa por descumprimento de obrigação acessória.

No entanto, como o autuado comprovou nos autos que lançou, no livro Registro de Entradas, as Notas Fiscais nº 583, no valor de R\$4.680,00 (fl. 20); e nº 98.312, no valor de R\$4.949,20, a qual foi escriturada, de forma equivocada, com o número indicativo do formulário – nº 411552 (fl. 21), excluiu os respectivos valores do lançamento.

O recorrente interpôs o Recurso Inominado, aqui processado como Recurso Voluntário, insurgindo-se contra a Decisão recorrida, que ao seu ver, “desbordou-se como contraditória com o RICMS”, e reiterou as razões de fato e de direito que foram argüidas em sede de Defesa.

Disse que a autuação, mesmo partindo do fato de que as notas fiscais supostamente não registradas seriam de mercadorias isentas de ICMS, portanto não tributáveis, considerou devido o imposto, aplicando a alíquota de 17%, resultando na exigência do montante de tributo que diz excessivo.

Salientou que cotejando os dados lançados pelo autuante com os da perícia contábil-fiscal que mandou realizar, lastrada na legislação em vigor à época do fato gerador, verifica-se o que denominou de “enorme discrepância”, motivada pela aplicação uniforme da alíquota de 17% sobre as bases de cálculo apuradas, quando são isentas, e, portanto não tributáveis, as operações com produtos hortifrutogranjeiros, agropecuários e extrativos animais e vegetais, conforme o Art. 14, incisos VI, VII, VIII e XIII, do Decreto 6.284/97.

Exemplificou o caso da Nota Fiscal nº 247.782, referente à mercadoria “Coxa/sobrecoxa cx 15” que determina a isenção do ICMS a ser calculado, por se tratar de produto com isenção, inexistindo imposto a ser pago, por não ser tributável, não poderia a fiscalização desprezar tais dados.

Aduziu que o autuante deveria, em primeiro lugar, fazer um levantamento completo das descrições dos produtos constantes das notas fiscais à época do fato gerador, para constatar se os produtos seriam tributáveis ou não, para depois proceder ou não a aplicação das alíquotas de 17%, nas bases de cálculo mensais, para determinar o total efetivamente devido.

Reconhece, ainda que por motivos inexplicáveis a falta de registro de algumas notas fiscais de entradas de mercadorias isentas e concorda com a aplicação da multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias previsto para esse tipo de infração no Art. 915, inciso XI, do Decreto 6.284/97.

Destacou a existência de notas fiscais arroladas pela fiscalização que estão lançadas e registradas no livro próprio, a saber: Nota Fiscal nº 583, emitida pela empresa Souto Oliveira S/A., no valor de R\$4.680,00; Nota Fiscal nº 98.312, emitida pela empresa Chapecó, no valor de R\$4.949,20, esta lançada com o nº 411552, sendo meramente erro material; Nota Fiscal 3376 nº 3376, no valor de R\$4.200,00, da empresa Da Hora Ind. de Pesca Ltda., lançada em 20.10.99.

Esclareceu ainda que a Nota Fiscal de nº 3282, emitida pela empresa Unir Uniblok Zanotti Ltda., inserida no auto de infração como produto tributável, refere-se a quatro câmaras frigoríficas, adquiridas pelo requerente para composição do ativo permanente, sobre a qual não incide tributação.

Reitera a inexistência de imposto devido e transcreve a legislação, Art. 14 do Decreto nº 6.284/97, que isenta as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e extrativos.

Insurge-se contra a aplicação da multa de 70%, considerando-a confiscatória. Cita a vedação constitucional e transcreve o Art. 150 e o § IV da Carta Magna.

Discorre sobre a doutrina e jurisprudência dominantes quanto a multas exarcebadas e transcreve Decisão do S T J, pertinente.

Analisa a Decisão recorrida inclusive quanto ao julgamento do mérito, que assevera: “não há como se determinar que as saídas de mercadorias anteriormente omitidas pelo contribuinte e que geraram receita para a aquisição das mercadorias cujas notas fiscais não foram escrituradas, foram relativas a produtos não tributados pelo imposto estadual, persistindo, dessa forma, a presunção legal de que se tratou de vendas de mercadorias tributáveis”. E que a autuada poderia anexar “a prova de que as notas fiscais foram lançadas em seus livros contábeis, caso em que caberia apenas a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória”.

Conclui que tais argumentos foram para dar somente provimento para excluir do débito duas notas fiscais, tentando esconder, o que considerou, de “arremedo de julgamento”.

Constata que a fiscalização tem como base o período de 1/1/1998 a 31/12/1999, tendo sido apurado no mês de junho de 1999 a falta de registro das notas fiscais apontadas no Auto de Infração. Portanto, ao seu ver, essa fiscalização comprovaria que o recorrente não omitiu saídas de mercadorias anteriormente e que o fato dessas notas fiscais não terem sido escrituradas não significa que são derivadas de venda de mercadorias anteriormente adquiridas, mesmo porque, essas nunca existiram.

Reitera a questão dos lançamentos das notas fiscais não considerados pela Decisão recorrida e o caráter confiscatório da multa aplicada.

Por fim requer que seja dado provimento ao Recurso Voluntário, para julgar Improcedente a autuação, ante as nulidades demonstradas e quanto ao montante devido, que sejam excluídas as notas fiscais lançadas, para aplicar o Art. 915, inciso XI, do RICMS e, ainda, a exclusão da multa exorbitante ou a sua redução para o patamar de 10%, requerendo, na oportunidade, a produção de toda as provas especialmente a Pericial.

A Procuradoria Fiscal, em seu Parecer, disse que o recorrente repete as razões já esboçadas por ocasião de sua Defesa e, devidamente, enfrentadas pelo julgador de primeira instância.

Apontou que o Auto de Infração fora lavrado em decorrência da presunção legal de que houve falta de pagamento do ICMS, por ter o contribuinte deixado de lançar, em seus livros, notas fiscais de entrada de mercadorias e que cabia ao contribuinte o direito de elidir tal presunção.

Aduz ao final que, não tendo o recorrente trazido a prova capaz de elidir a ação fiscal, opina pelo IMPROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

## **VOTO**

Vejo que o Auto de Infração descreve e faz o enquadramento legal da apuração da falta de registro fiscal de entradas de mercadorias tributadas, correspondentes a várias notas fiscais, cujas vias do fisco, foram capturadas pela fiscalização de trânsito e que, com essa irregularidade, o estabelecimento omitiu as saídas dessas mercadorias tributáveis e perecíveis, deixando de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Próprios.

No entanto, a Decisão recorrida disse que o Auto de Infração é decorrente da falta de pagamento do ICMS, por presunção legal, tendo em vista que o contribuinte deixou de lançar, em seus livros, notas

fiscais de entradas de mercadorias e, assim, julgou 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, consoante o disposto no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Assim, de acordo com o citado dispositivo legal, não importa se os desembolsos de recursos do caixa da empresa foram efetuados para aquisição de mercadorias tributáveis ou não tributáveis, porque a lei presume que os ingressos de receitas anteriores às aquisições foram oriundos de saídas de mercadorias tributáveis não oferecidas ao Fisco”.

Ora, vê-se que a acusação do Auto de Infração diz respeito a omissões de saídas daquelas mercadorias relacionadas pelo autuante, já o Julgamento recorrido decidiu pela presunção legal de que a falta de contabilização indicaria a existência de pagamentos com os recursos provenientes das operações anteriormente omitidas.

Portanto, a descrição prévia da autuação, em pleno contraditório, foi aditada pela Decisão recorrida, na tentativa de corrigir a incorreção no fulcro legal da ação fiscal.

Entendo que, assim, o Julgamento preteriu o direito de defesa do autuado, que focou a sua impugnação na tese de que as notas fiscais objeto da autuação dizia respeito a mercadorias isentas de ICMS e de itens destinados à composição de seu ativo permanente, quando a exigência fiscal corretamente explicitada, que permitiria a presunção legal de terem existido saídas antes omitidas e que supririam os pagamentos das notas fiscais de entradas não lançadas, propiciaria ao contribuinte, se fosse o caso, provar os lançamentos contábeis respectivos ou a origem dos recursos utilizados para pagamento dessas compras, resultando em outras penalidades, que lhe seriam menos onerosas.

Pelo exposto, fundamento-me no Art. 18, inciso IV, "a", do RPAF, para declarar, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração, por não conter elementos para determinar, com segurança, a infração, ao tempo em que invoco o art. 21 do mesmo Regulamento recomendando a repetição da ação fiscal, salvo de falhas.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, de ofício julgar **NULO** Auto de Infração nº **140781.0001/03-7**, lavrado contra **OLIVEIRA LEMOS COM. E REP. E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, recomendando a renovação do procedimento fiscal ao teor do art. 21, do RPAF/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Outubro de 2003.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS