

**A. I. Nº** - 298576.0004/02-9  
**AUTUADO** - ENÉZIO MARQUES DE OLIVEIRA FILHO  
**AUTUANTE** - LUIS CARLOS MOURA MATOS  
**ORIGEM** - INFAZ BRUMADO  
**INTERNET** - 04. 04. 2003

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0096-04/03

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, constitui em comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Efetuada adequação do cálculo do imposto às normas introduzidas pela Lei nº 8534/02, pertinentes ao crédito fiscal concedido aos contribuintes inscritos no SIMBAHIA. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/03/2002, exige ICMS no valor de R\$6.745,60, em razão do não recolhimento, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua defesa de fls. 23 a 38 dos autos transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, seu enquadramento legal feito pelo autuante no RICMS/97 e na Portaria nº 445/98, bem com a multa aplicada, com base na Lei nº 7014/96.

Em seguida, fez um relato dos encargos, deveres e funções dos órgãos da administração pública emanados da Constituição Federal, além de transcrever entendimento da Revista dos Tribunais sobre o comportamento a ser adotado pela autoridade fiscalizadora, que está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Sobre a autuação, diz que devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação de sua nulidade, tendo alinhados os seguintes pontos:

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA – Argumenta não ser o autor das pseudas infrações apontadas, isto é, “omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de entradas não contabilizadas”, tendo em vista que o efetivamente ocorrido, deveu-se ao fato de que no Estado do Paraná a alíquota do ICMS nas operações internas é de 17%, enquanto que nas operações efetuadas para o Estado da Bahia é de 7%, o que enseja aos sonegadores de plantão usarem a razão social de contribuintes para se locupletarem ilicitamente. Aduz que os atos de comércio praticado pela empresa, vítima de ganância fiscal de sonegadores natos, não podem ser considerados ilícitos, posto que, são praticados no exercício regular do direito, oportunidade em que transcreveu ensinamentos da doutrina do

direito civil, além de citar Ementas do CONSEF, que julgou nulos Autos de Infração lavrados, em apoio ao alegado.

DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO – Alega que a descrição contida no Auto de Infração, atribui a empresa a prática das infrações de “omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas” e “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto”. No entanto, em relação à infração 1, observou que o fato de a escrituração indicar a ocorrência de mercadorias não contabilizadas não eleva à condição de fato gerador do ICMS, qualquer suposição de entrada, como pretende o autuante, pois, apenas, autoriza a presunção “jûris tantum”, de que tenha ocorrido omissão de saídas, que se comprovada, importará em infração à legislação do ICMS.

Segundo o autuado, a lei não contém palavras supérfluas, daí a necessidade de se limitar a extensão da palavra “escrituração”. Aduz que as empresas em geral, mantêm uma escrituração fiscal e contábil, no entanto, as ocorrências de saldo credor de caixa, suprimento de caixa de origem não comprovada, manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes e entradas de mercadorias não contabilizadas, tem natureza exclusivamente contábil. Sobre o assunto, diz que a Lei nº 4825/89 e o RICMS não deixam dúvidas que a única entrada de mercadorias que autoriza a presunção de saída, é aquela não registrada na escrita contábil ao dispor expressamente: ... “bem como a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas”, cuja prova da ocorrência compete ao fisco.

Assevera que se o pagamento de uma nota fiscal estiver contabilizada, não há omissão de receita real ou presumida, tal não ocorrendo em caso contrário, já que a lei autoriza a “presunção de omissão de receita”, cuja base de cálculo a ser aplicada, é a prevista no art. 60, I, do RICMS, oportunidade em que transcreveu o seu teor, para embasar o seu argumento.

Às fls. 30 a 36, o autuado reproduziu os termos de uma acusação fiscal, em que foi detectada três infrações, bem como os argumentos defensivos produzidos para impugnar o lançamento, que nada têm a ver com a presente autuação.

Ao finalizar, requer a decretação da nulidade do Auto de Infração e, caso assim não entenda o CONSEF, postula pela sua improcedência.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fl. 47 dos autos assim se manifestou:

1. Sobre a alegação defensiva de ilegitimidade passiva, por não ter efetuado a aquisição da mercadoria, diz que o autuado apresentou defesa confusa, com páginas em duplicidade, além das argumentações serem vazias e improcedentes. Segundo o autuante, o que determinou a lavratura do Auto de Infração, foi pelo fato de presumir serem verdadeiros os dados constantes nas notas fiscais que foram consideradas na Auditoria de Estoque, já que nos autos não há provas do não recebimento das mercadorias. Aduz, com base no art. 143, do RPAF/99, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, cabendo ao autuado exercer o seu direito de regresso, caso comprove que foi vítima de fraude, a quem de direito.
2. Quanto a sugestão do autuado, que ao se constatar a infração (saldo credor de caixa) não houve caracterização da omissão de saída, esclarece que a empresa estava se aproveitando da simplificação dos controles fiscais proporcionadas pelo regime SIMBAHIA, para omitir compras e, por conseguinte, omitir vendas de mercadorias, razão pela qual desenvolveu o roteiro Auditoria de Caixa aplicável a qualquer empresa, tendo identificado saldo credor de caixa.

Ao concluir, opina pela manutenção e procedência do Auto de Infração.

O CONSEF em despacho à fl. 49, encaminhou o PAF à INFAZ-Brumado, para que o autuante procedesse a revisão do trabalho fiscal, adequando-o aos critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 001/2002, do Comitê Tributário, o que foi cumprido, conforme planilha às fls. 50 e 51 dos autos.

Face o autuante haver elaborado novo demonstrativo de débito do imposto, a INFAZ-Brumado cientificou o autuado conforme intimação e AR às fls. 53 e 53V, no entanto, não se pronunciou a respeito.

## VOTO

O fundamento da autuação foi em razão do autuado, omitir saídas de mercadorias tributadas, apurada mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Para instruir a ação fiscal, foi anexado aos autos às fls. 7 a 19, os levantamentos das entradas, das saídas, do cálculo do preço médio, do demonstrativo das omissões, das cópias das notas fiscais de compras das mercadorias e da DME entregue pela empresa relativa ao exercício de 1999.

Inicialmente, sobre as preliminares de nulidades suscitadas pelo autuado, esclareço não merecer a minha acolhida, as quais rebaterei de acordo com a seqüência elencada pela defesa:

**Ilegitimidade Passiva** - Não procede o argumento defensivo, segundo o qual não foi o autor das compras realizadas através das notas fiscais anexadas aos autos pelo autuante às fls. 13 a 19. É que ao compulsar as referidas notas, verifiquei que em todas elas constam como destinatário das mercadorias o estabelecimento autuado, o qual é responsável pelo pagamento do tributo devido sobre as operações. Ademais, de acordo com o disposto no art. 148, do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade acusação fiscal.

Da não caracterização da infração – Entendo sem fundamento a alegação defensiva, de que no presente lançamento foi cobrado imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não contabilizadas e por “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto”. Verificando os termos da presente autuação consignado pelo autuante no Auto de Infração, consta apenas a acusação de “falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita”.... Por tal motivo, considero que a defesa formulada objetivou impugnar outro lançamento fiscal. Ressalto, com base no disposto no art. 123, do RPAF/99, que é assegurado ao contribuinte o direito de impugnar o lançamento na esfera administrativa aduzida por escrita, devendo a mesma ser acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referente as suas alegações.

Assim sendo e tendo em vista as provas carreadas aos autos pela autuante comprovando a infração praticada pela empresa, rejeito as preliminares de nulidades suscitadas.

Adentrando no mérito da autuação, o meu posicionamento a respeito da infração é o seguinte:

I - Quanto a alegação defensiva, segundo a qual sonegadores de plantão teriam usado a sua inscrição estadual, para se lucupletarem ilicitamente, não procede. Examinando as cópias das Notas Fiscais anexadas aos autos pelo autuante, observa-se que em todas elas consta como destinatário o estabelecimento autuado, fato que comprova a efetividade das transações efetuadas entre o vendedor e o comprador. Caso o autuado, em meu entendimento, não tivesse realizado as operações, deveria

ter comunicado o fato aos emitentes dos documentos fiscais, para a adoção das medidas cabíveis, inclusive de ordem policial ou judicial, no sentido de reparar os prejuízos a si causados decorrentes de tais atos;

II – Como nada trouxe em sua defesa nesse sentido, aliado ao fato de não haver anexado qualquer levantamento de sua autoria em que demonstrasse inexistir a diferença nas quantidades de saídas apontadas pelo autuante, considero correta a exigência fiscal, já que tais diferenças se constitui em comprovação suficiente da realização de operações efetuadas de mercadorias tributadas sem a emissão de notas fiscais, de uso obrigatório para documentá-las e, conseqüentemente, sem o respectivo pagamento do imposto.

Ressalto que a presente autuação foi adequada aos critérios da Orientação Normativa nº 001/2002, do Comitê Tributário, tendo o autuante reduzido o valor do imposto cobrado originalmente no importe de R\$6.745,60 para R\$4.279,50, mediante a concessão do crédito fiscal a que o autuado fazia jus, por ser optante do regime SIMBAHIA.

Entretanto, com a edição da Lei nº 8534/02, publicada no D.O.E. de 14 e 15/12/2002, foram alterados e acrescentados dispositivos ao Código Tributário do Estado da Bahia pertinentes ao regime SIMBAHIA. Dentre eles, foi incluído o § 1º, ao art. 19 da lei que o instituiu, o qual prevê a hipótese de utilização como crédito fiscal para o cálculo do imposto a recolher, de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos. Como a omissão de saídas importou em R\$39.680,00, que aplicada a alíquota de 8%, corresponde a um crédito fiscal no valor de R\$3.174,40, cujo valor é superior aos créditos fiscais num total de R\$2.466,10, concedidos pelo autuante com base na Orientação Normativa acima citada, entendo que deva ser aplicada a retroatividade da lei, por ser mais benéfica ao contribuinte.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração de Infração na importância de R\$3.571,20.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298576.0004/02-9**, lavrado contra **ENÉZIO MARQUES DE OLIVEIRA FILHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.571,20**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR