

A. I. Nº - 110163.0008/01-9  
AUTUADO - SALVADOR FOOD SERVICES DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - MARIA AUXILIADORA NASCIMENTO PORTUGAL  
ORIGEM - INFACALÇADA  
INTERNET - 06.05.03

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0147-02/03**

**EMENTA: ICMS.** 1. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO DO IMPOSTO NA PROPORCIONALIDADE DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. A legislação estabelece que, no caso de operações com redução de base de cálculo, deverá ser efetuado estorno de crédito fiscal proporcional à redução. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2002, refere-se a exigência de R\$86.199,85 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.
2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.

O autuado impugnou o Auto de Infração apresentando preliminar de nulidade, alegando que em nenhum momento lhe foram fornecidos os elementos de prova obtidos pelo Fisco junto a terceiros, ou seja, as notas fiscais que a autuante considerou que não foram contabilizadas, por terem sido obtidas junto aos fornecedores, deveriam ter tido suas cópias encaminhadas ao sujeito passivo para que pudesse contraditá-las. Por isso, entende que ficou configurado o cerceamento de defesa considerando que não tinha condições de oferecer impugnação fundamentada e completa.

O defensor alegou ilegitimidade da prova por entender que não existe qualquer documento que assegure que as notas fiscais circularam no estabelecimento autuado. Citou decisão da Câmara Superior do CONSEF através do Acórdão CS Nº 1023/99. Disse que a ausência de prova legítima instruindo o procedimento fiscal de forma inequívoca põe em dúvida o levantamento fiscal.

Quanto ao mérito foi alegado que em relação à primeira infração o levantamento fiscal está alicerçado em meras suposições decorrentes da coleta de notas fiscais junto ao CFAMT, desfalcada de documentos que pudesse dar suporte às presunções. Disse que para que se caracterize o fato é preciso que se apontem com clareza documentos como duplicatas, cópias de cheque, depósito bancário, canhoto de recebimento de mercadorias ou até mesmo lançamentos na escrita contábil, onde se pudesse caracterizar o recebimento das mercadorias. Ressaltou que as notas fiscais obtidas junto ao CFAMT que foram atribuídas ao autuado poderiam ter sido adquiridas indevidamente em seu nome, considerando não existir qualquer termo de recebimento ou mesmo simples recibo ou canhoto da nota fiscal que desse suporte à presunção da autuante. Disse ainda, que algumas notas fiscais foram realmente destinadas ao autuado, mas que as mercadorias não foram recebidas por imperfeição ou falha na especificação do pedido e que sequer foram descarregadas, uma vez que foram devolvidas diretamente pelo próprio transportador.

Outro argumento defensivo, é que não houve qualquer levantamento de estoque ou caixa que indicasse que houve realmente omissão de saídas de mercadorias apurada através da entrada de mercadorias. Disse que a esse respeito, o CONSEF vem reiteradamente se pronunciando. O defensor contestou o enquadramento proposto pela autuante, destacando que o autuado tem considerável saldo de caixa que absorveria a indevida presunção de omissão de saídas de mercadorias. Observou que foi apontada como infração a falta de registro de mercadorias, cabendo neste caso, não o enquadramento proposto pela autuante, e sim, o previsto no art. 915, incisos IX e X, que prevê a multa de 10% para a falta de registro de mercadorias tributáveis e 1% para a falta de registro de mercadorias não sujeitas a tributação.

Em relação ao item 02 do Auto de Infração, o defensor protestou pela falta de previsibilidade legal para o procedimento fiscal, entendendo que o estorno foi indevido, por considerar que não foi observado pela autuante a proporcionalidade entre as vendas destinadas a contribuintes inscritos e as vendas destinadas aos contribuintes não inscritos, tendo sido realizado o estorno pela totalidade do lançamento. Por fim, o autuado pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, de acordo com a preliminar apresentada, e se não for acatada, que a exigência fiscal seja considerada improcedente.

A autuante apresentou informação fiscal, dizendo que as alegações de nulidade não devem se referir ao presente Auto de Infração, considerando que a sócia Helenita Amaral de Melo tomou conhecimento da autuação fiscal e recebeu cópia dos demonstrativos acostados ao PAF. Quanto ao mérito, disse que foram anexadas ao PAF, cópias de todas as notas fiscais não registradas, bem como, cópias dos livros fiscais do autuado, e a defesa não impugnou o montante, apenas contestou a infração, indicando uma outra possível infração, que seria a aplicação de penalidade prevista no art. 915, incisos IX e X. Quanto ao item 02 do Auto de Infração, informou que o autuado assinou Termo de Acordo e Compromisso com a SEFAZ para usufruir do benefício previsto no Decreto nº 7.488/98, onde sua carga tributária ficaria em 10%. Entretanto, se constatou pelo livro Registro de Entradas e pelas notas fiscais acostadas aos autos que o contribuinte deixou de fazer o estorno de crédito de algumas notas fiscais.

A autuante ressaltou que o defensor apenas se limitou a tecer comentários e não juntou aos autos qualquer documento fiscal ou contábil. Citou os arts. 123 e 147 do RPAF/99, destacando que não houve juntada de qualquer prova ou demonstrativo que viesse comprovar as alegações defensivas, que materializou-se a preclusão, e por isso, opina pela manutenção do Auto de Infração.

## VOTO

Em relação à preliminar de nulidade argüida pelo defendant sob a alegação de que houve cerceamento de defesa argumentando que não tinha condições de oferecer impugnação fundamentada e completa, constata-se que os demonstrativos elaborados pela autuante foram recebidos pela representante legal do autuado, sendo observado o disposto no art. 46 do RPAF/99 e o PAF ficou à disposição do contribuinte na repartição fiscal para vista durante fluência do prazo de impugnação, podendo ser extraída cópia de qualquer de suas peças, conforme previsto no art. 11 do RPAF/99. Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, haja vista que não se encontram no presente processo as hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99 para se determinar nulidade do Auto de Infração, que está acompanhado de cópias dos termos lavrados e dos demonstrativos elaborados pela autuante, além das notas fiscais e xerocópias dos livros fiscais comprobatórios dos fatos apurados.

A primeira infração se refere a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, conforme demonstrativos de fls. 10 a 12 dos autos, sendo alegado pelo defendant, ilegitimidade da prova por entender que não existe qualquer documento que assegure que as notas fiscais circularam no estabelecimento autuado.

Disse que desconhece parte das notas fiscais, obtidas junto ao CFAMT, argumentando que foram atribuídas ao autuado, mas, as mercadorias poderiam ter sido adquiridas indevidamente em seu nome, considerando não existir qualquer termo de recebimento ou mesmo simples recibo ou canhoto da nota fiscal que desse suporte à presunção da autuante. Ressaltou ainda, que algumas notas fiscais foram realmente destinadas ao autuado, mas que as mercadorias não foram recebidas por imperfeição ou falha na especificação do pedido e que sequer foram descarregadas, uma vez que foram devolvidas diretamente pelo próprio transportador.

Entretanto, entendo que não devem ser acatadas as alegações defensivas, uma vez que foram elaborados os demonstrativos constando assinatura do representante legal do autuado e nos documentos fiscais estão consignados os dados referentes ao endereço, inscrição estadual e no CNPJ do autuado e foram acostadas aos autos as notas fiscais objeto da autuação fiscal.

Observo que se trata de prova documental que deveria estar de posse do autuado, e os fatos estão vinculados à escrituração comercial e fiscal do recorrente, ficando por isso, indeferido o pedido para realização de diligência fiscal, formulado nas razões de defesa, de acordo com o art. 147, inciso I, alínea “b” do RPAF/99.

Conforme art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Considerando que o contribuinte não apresentou qualquer prova da improcedência da presunção, entendo que é subsistente a exigência do imposto, e por se tratar de presunção de saídas anteriores, não se deve atribuir como crédito o imposto destacado nos documentos fiscais objeto do levantamento fiscal, ressaltando-se ainda, que no caso em exame não cabe aplicação de multa, conforme alegado nas razões de defesa, haja vista que se trata de falta de contabilização de entradas e a multa pretendida é aplicável somente aos casos de falta de registro na escrita fiscal.

A infração 02 trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.

O contribuinte contestou a exigência fiscal alegando que não foi observado pela autuante a proporcionalidade entre as vendas destinadas a contribuintes inscritos e as vendas destinadas aos contribuintes não inscritos, tendo sido realizado o estorno pela totalidade do lançamento. Entretanto, não foram apresentados quaisquer elementos ou demonstrativos para contrapor o levantamento fiscal e comprovar as alegações defensivas.

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99), e no caso de operações com redução de base de cálculo deverá ser efetuado estorno de crédito fiscal proporcional à redução, conforme art. 100, inciso II, do RICMS/97.

Entendo que é subsistente a exigência do imposto apurado no período fiscalizado, haja vista que está comprovado o cometimento da infração apontada, e não foram apresentados pelo defendant elementos para elidir a autuação fiscal, que está embasada na legislação em vigor.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110163.0008/01-9, lavrado contra **SALVADOR FOOD SERVICES DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$86.199,85**, sendo R\$63.722,74, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70% sobre R\$58.702,90, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; 60% sobre R\$5.019,84, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$22.477,11, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2003.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR