

**PROCESSO** - A. I. Nº 017464.0015/04-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JF nº 0391-02/04  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 23.12.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0361-12/04

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR A DAS ENTRADAS. PREJUÍZO NA CONTA “MERCADORIAS”. A ocorrência de prejuízo na Conta Mercadorias, por si só, não constitui ilícito fiscal. Essa constatação é apenas um indício de infração, que deve ser investigado mediante roteiros próprios de auditoria fiscal. Infração Nula. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão constante no Acórdão JF nº 0391-02/04, em que foi declarada Nula a infração 8 do Auto de Infração em epígrafe, o qual exige ICMS e multa em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 759,47, 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.
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 550,88.
3. Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 1.558,26, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias escrituradas.
4. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 13.762,24, no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de escriturar no LRS as notas fiscais e reduções Z das vendas efetuadas, conforme demonstrativo.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 8.833,31, referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 3.222,89.
7. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 217,86.
8. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes de não lançamento de documentos fiscais nos livros próprios. Presunção de omissão de vendas de mercadorias tributadas, apurada conforme Demonstrativo da MVA Negativa. CMV Negativo. Exigido ICMS no valor de R\$ 171.426,45.

9. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$ 140,00.

O autuado apresentou defesa e, em relação à infração 8, alegou que o mapa demonstrativo de custos das mercadorias vendidas (CMV) não comprova a ocorrência de fato gerador de ICMS. Aduz que a autuante incluiu o ICMS nas compras e excluiu nas vendas, o que por si só, já provocaria um CMV negativo. Afirma que a presunção fiscal foi totalmente abolida pelos ditames contidos no art. 5º, LV da Constituição Federal. Diz que a autuante incidiu em excesso de exação.

Na informação fiscal, a autuante diz, em relação à infração 8, que os dados foram coletados nos documentos e livros apresentados pelo contribuinte. Nega que tenha havido excesso de exação.

A 2ª JJF, por meio do Acórdão JJF nº 0391-02/04, julgou o Auto de Infração procedente em parte. As infrações 1 a 7 e 9 foram julgadas procedentes, ao passo que a infração 8 foi declarada nula. Relativamente à infração 8, a ilustre relatora fundamenta sua Decisão da seguinte forma:

*“Infração 8 – Está sendo exigido ICMS com base na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada com base no CMV negativo.*

*Este CONSEF tem entendido, reiteradamente, que a constatação de prejuízo na Conta Mercadorias, por si só não constitui infração à legislação de ICMS, constituindo-se em indício do cometimento de infrações, que deverão ser apuradas através dos métodos próprios de Auditoria.*

*Neste sentido, a Súmula nº 04 pacificou o entendimento, como segue:*

#### **CÂMARA SUPERIOR**

#### **SÚMULA CONSEF Nº 04**

**ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. ARBITRAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. DISTORÇÃO NA CONTA “MERCADORIAS”. INDÍCIO DE VENDA DE MERCADORIAS POR PREÇO ABAIXO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO.**

*A verificação de prejuízo no resultado com mercadorias ou a constatação de distorções no custo de mercadorias vendidas que inclusive impliquem “custo negativo” constituem indícios de possível subfaturamento ou de omissão de lançamento de operações mercantis, não se encontrando essas situações elencadas na lei como pressupostos para a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS.*

*Portanto não há prova do cometimento da infração, devendo ser anulada.”*

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99, a 2ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras deste CONSEF.

#### **VOTO**

No presente Recurso de Ofício, está sendo submetida à apreciação desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal a Decisão proferida pela 2ª JJF que declarou nula a infração 8. Nesse item da autuação, foi exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante a constatação da ocorrência de custo de mercadorias vendidas (CMV) negativo, conforme demonstrativos anexados às fls. 51 e 52 dos autos.

Conforme reiteradas decisões, já está pacificado neste CONSEF o entendimento de que a ocorrência de prejuízo no resultado com mercadorias ou de distorções no custo de mercadorias vendidas que impliquem custo negativo são meros indícios de subfaturamento ou de omissão de

operações mercantis, porém tal ocorrência, por si só, não chega a caracterizar ilícito fiscal. Esse entendimento consta na Súmula CONSEF Nº 04, cujo teor está transcrito na Decisão recorrida.

Ressalto que ao contrário do que foi consignado no demonstrativo de fl. 52, a constatação de CMV negativo não se encontra entre as hipóteses elencadas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96 como suficiente para que se presuma a saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Em face do exposto acima, considero que a infração 8 é nula, pois não há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a irregularidade que foi imputada ao recorrido, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, homologando a Decisão recorrida.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **017464.0015/04-2**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.464,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.701,92 e 70% sobre R\$13.762,24, previstas no art. 42, II, “a” e “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e das multas nos valores de **R\$3.440,75**, com os devidos acréscimos legais, previstas no art. 42, IX, XI, da citada lei, **R\$140,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS