

PROCESSO - A. I. Nº 110427.0020/03-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FOLHA VERDE COMERCIAL DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA.
RECORRIDOS - FOLHA VERDE COMERCIAL DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – ACORDÃO 1ª JJF nº 0010-01/05
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 15/04/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0105-11/05

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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. Refeitos os cálculos com redução do valor inicialmente apurado. Infração procedente em parte. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a decisão. O saldo Credor na conta Caixa, autoriza a presunção da ocorrência de omissão de saídas tributáveis (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96). Esta infração não está sobreposta à anterior. Infração comprovada. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário, visando impugnar a Decisão da Junta de Julgamento que julgou Procedente em Parte do Auto de Infração lavrado em 12/12/2003, que exigiu o recolhimento de ICMS, no valor de R\$187.528,77, acrescido da multas de 70% e 60%, decorrente de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, com imposto devido no valor de R\$156.721,98, conforme Anexo I.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor na Conta Caixa, com imposto devido no valor de R\$20.479,04, referente aos meses de outubro e novembro de 2002, conforme ANEXO II, fl.22.

O contribuinte autuado interpôs Recurso Voluntário, sustentando que não adquiriu as mencionadas mercadorias constantes em notas fiscais de saída colhidas junta ao CFAMT. Alega ainda que durante o período de 1º de janeiro a 31 de março de 2002, se encontrava enquadrada no SimBahia, e nessa condição já tinha recolhido o imposto segundo a legislação aplicável. Em seguida, sustenta que as notas fiscais utilizadas pelo Senhor Fiscal Autuante se referem a mercadorias que foram recolhidas mediante a sistemática da substituição tributária, apontando

ainda o fato de que algumas mercadorias constantes nas referidas notas fiscais referem-se a produtos de Cesta Básica, de sorte que não podem sofrer aplicação da alíquota de 17%.

O Estado da Bahia, por sua vez, propôs o Recurso de Ofício, em razão da Junta de Julgamento ter acolhido parte dos argumentos defensivos. Relativamente à infração 1, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu por excluir da base de cálculo da autuação o valor de R\$17.790,98, que corresponde ao ICMS de R\$3.024,47, em razão de constarem nos autos notas fiscais cujas mercadorias se destinam a “JS Comercial de Estivas e Cereais Ltda”. De igual modo, foi reconhecido o direito ao crédito de 8% do autuado sobre o valor das omissões do período de janeiro a março de 2002, em virtude de ter sido comprovado o seu enquadramento no SimBahia nos referidos meses, o que vem a deduzir do montante apurado de ICMS, o valor de R\$20.328,97 (R\$254.122,18x8%). Por fim, restou também acolhido o argumento defensivo em relação à Nota Fiscal nº 194931, devendo ser excluído da autuação o valor de R\$173,74, uma vez que ficou comprovada a sua escrituração.

Com referência à infração 2, a Junta de Julgamento entendeu por ratificar o entendimento do próprio agente autuante que, após realizada diligência, considerou não haver saldo credor nos meses de outubro e novembro de 2002 objeto da autuação. Porém, verificou que a diligência apurou saldo credor nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2002, mas entendeu em desconsiderar a infração, em razão do período ter sido objeto de autuação por presunção na Infração 1.

A PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que a presunção legal não restou desconfigurada pelo contribuinte, salientando ainda que o argumento de que as mercadorias eram sujeitas à antecipação tributária não merece acolhimento, porque a presunção legal refere-se a saídas anteriores tributadas, assim como a alegação de que parte das mercadorias está incluída na Cesta Básica, justamente porque a presunção é de omissão de saídas anteriores tributadas pela alíquota normal, concluindo, portanto, que caberia ao recorrente demonstrar a origem dessas receitas, a fim de afastar a presunção *juris tantum* de saídas anteriores tributadas.

VOTO (Vencido)

Da análise do Julgamento da JJF e os respectivos recursos, verifico que o Recurso de Ofício refere-se unicamente à infração 2 e o Recurso Voluntário questiona apenas a irregularidade do lançamento constante na infração 1, as quais passo analisar [o Recurso de Ofício também se refere à parte da infração 1].

Na infração 1, o recorrente é acusado de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

Relativamente a essa situação, entendo que a acusação encontra-se desprovida de provas plausíveis e irrefutáveis. Em um exame mais detido sobre a questão, percebe-se facilmente que a constatação da existência de notas fiscais de saídas nos Postos Fiscais do Estado, tendo como destinatário o recorrente, não é meio seguro de prova de que esse contribuinte adquiriu aquelas mercadorias com recursos não contabilizados, quando é sabido, que fraudadores de plantão lançam mão de registros cadastrais de contribuintes regulares com o fisco para o transporte de mercadorias de forma ilegal.

Na hipótese, trata-se de presunção fiscal que para merecer validade administrativa e eficácia jurídica tinha que ser materializada, por exemplo, com a contagem física do estoque do recorrente, que inocorreu na espécie. Confrontando o estoque físico com o levantamento contábil e constatada a diferença, entendo estaria a prova materializada. De igual modo, observa-se nos

autos que o agente autuante não trouxe os respectivos canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou prepostos da empresa recorrente, recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes.

Um exemplo que entendo pertinente para o caso consiste em imaginar um auditor fiscal da Receita Federal lavrando um Auto de Infração contra um contribuinte por omissão de receita, pelos simples fato de tê-lo visto na posse de um veículo não declarado em sua Declaração de Imposto de Renda, sem antes provar que o aludido bem lhe pertence.

Porém, observo que o próprio recorrente reconheceu parte da existência do débito, quando da conclusão de sua peça recursal, veio a requerer a redução do imposto devido para o valor de R\$41.373,88. Sendo assim, de acordo com as intenções do próprio contribuinte, que de livre consciência, veio a reconhecer que algumas notas efetivamente ingressaram em seu estabelecimento e, ainda, atento a não cometer o equívoco de julgar o caso posto à apreciação, além do que é pedido pelo próprio contribuinte, homologo parcialmente o lançamento, reduzindo-se o valor do débito para R\$41.373,88.

Relativamente à infração 2, observo que, realmente, após diligência realizada pelo autuante, o mesmo constatou não haver saldo credor nos meses de outubro e novembro de 2002 objeto da autuação. A diligência apurou saldo credor nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2002, porém deixo de reconhecer essa infração, em razão de não ter sido provado nos autos a efetiva aquisição das mercadorias objeto de autuação por presunção na Infração 1, fato que afasta a constatação de saldo credor nesse período. Logo, a infração não pode prosperar.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para que seja alterada a Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR

Discordo do relator do PAF.

Quanto ao Recurso Voluntário, que se reporta exclusivamente à infração 1, o posicionamento do colega relator vai de encontro à jurisprudência deste CONSEF, por entender que o sistema CFAMT não é “prova plausível e irrefutável” do ingresso da mercadorias no estabelecimento do adquirente, que estaria à mercê de fraudadores de plantão que lançam mão de registros cadastrais de contribuintes regulares com o fisco, para o transporte de mercadorias de forma ilegal.

A título de esclarecimento, este sistema foi desenvolvido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia para que se pudesse ter o controle das mercadorias em trânsito pelo território deste Estado, e consiste na coleta, nos postos fiscais do percurso, das notas fiscais que acompanham as mercadorias, e sistematizá-las para confronto com os registros fiscais, e também contábeis, do contribuinte.

Este Colegiado tem, reiteradamente, decidido que, em sendo as notas fiscais contratos simplificados de compra e venda, onde estão identificados quem vende, quem compra, a mercadoria ou bem objeto desta operação mercantil, sua quantidade e valor, e que, no presente caso, são oriundas de outras unidades da Federação, por terem sido capturas em território baiano, são provas incontestes de seu ingresso neste Estado e, conseqüentemente, no estabelecimento do contribuinte destinatário.

Assim, a lavratura de Auto de Infração, utilizando como esteio notas fiscais capturadas pelo Sistema CFAMT, tem respaldo legal.

Considero perfeito o entendimento do Julgador da 1ª JF, Dr. José Bezerra Lima Irmão, contido no Acórdão JF n.º 0499-01/03, quando disse: *“Quanto às Notas Fiscais que o autuado alega desconhecer, alegando que terceiros de má-fé estariam utilizando a sua inscrição, cumpre observar que não pode o contribuinte eximir-se da responsabilidade simplesmente negando ter feito as compras. Os documentos fiscais em que se baseia a ação fiscal foram retidos pelos postos fiscais, através do sistema CFAMT, de forma oficial. Para provar que não fez as referidas compras, não basta alegar. Cabe ao contribuinte provar ou ao menos fornecer elementos plausíveis de que alguém estaria utilizando indevidamente os seus dados cadastrais para fazer operações sem o seu conhecimento. Não se trata de “inversão do ônus da prova”. Embora, em princípio, o ônus da prova caiba a quem alega, existem casos em que a prova deve ser produzida por quem dispõe dos meios de fazê-la. Se o autuado não fez as compras, conforme sustenta, teria, evidentemente, de tomar alguma providência – policial ou judicial – contra os emitentes daqueles documentos. Isso não foi feito. Pelo menos não consta nos autos. A simples alegação de que não fez tais compras não invalida a presunção legal.”*

Sobre a alegação do recorrente de que só recebeu parte das mercadorias, peço licença para trazer um fragmento do voto do Conselheiro Max Rodrigues Muniz, contido no Acórdão CJF nº 0106/11-03, desta 1ª CJF, que, em idêntica situação, assim se pronunciou:

“Quanto ao mérito, embora as razões apresentadas sejam as mesmas anteriores, todas convergem para as notas fiscais do CFAMT, e já foram detalhadamente analisadas pela 1ª JF.

Peço “venia” ao nobre Patrono do recorrente para afirmar que, estaria tudo resolvido se a empresa provasse que não é cliente das empresas emitentes das notas fiscais, trouxesse aos autos provas e declarações das empresas emitentes de que não efetuou os pedidos, ou que não realizou qualquer pagamento inerente às operações glosadas. Além do mais, demonstrasse que ingressou em juízo para serem apuradas responsabilidades criminais sobre os episódios que transtornaram e macularam o seu procedimento comercial.”

O Recurso de Ofício se refere à parte do item 1 e o item 2, na sua totalidade.

A Decisão recorrida retirou da infração 1 as notas fiscais cujas mercadorias se destinavam a contribuinte diverso e a Nota Fiscal nº 194931, em que ficou comprovada a sua escrituração.

Também, foi concedido do crédito fiscal correspondente a 8% do valor das omissões, referentes ao período de janeiro a março de 2002, em que o contribuinte se encontrava inscrito na condição de SimBahia, em conformidade com o que dispõe o § 1º, do art. 408-S, do RICMS/97.

Quanto a este item, não vejo a necessidade de qualquer reparo.

No que concerne à infração 2, o relator de 1ª Instância assim se pronunciou: *“após diligência realizada pelo autuante, o mesmo constatou não haver saldo credor nos meses de outubro e novembro de 2002 objeto da autuação. A diligência apurou saldo credor nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2002, meses que já foram objeto de autuação por presunção na Infração 1. Logo, a infração não pode prosperar.”*

Em primeiro lugar, devo frisar que os valores de saldo credor foram extraídos do livro Caixa emitido pelo próprio contribuinte (fls. 23 a 25), sendo que, somente após a autuação, quando da sua impugnação ao lançamento, este reconstitui o seu livro. Não estou dizendo que é impossível a ocorrência de equívocos na escrituração de um livro contábil, mas estes equívocos devem vir acompanhados de provas incontestas, para que se possa admitir a sua reconstituição. Não é o que ocorreu no presente caso.

Assim, prevalece o livro Caixa original, com os valores apontando saldo credor nos meses em que o contribuinte foi autuado.

A 1ª JF também agiu incorretamente quando afirmou que os valores contidos na infração 2 já teriam sido objeto de autuação por presunção na infração 1. Não é verdade. As notas fiscais sobre as quais se está exigindo imposto por presunção na infração 1 não foram escrituradas no livro Caixa do contribuinte. Portanto, não compõe o seu saldo, no caso credor, nos meses de outubro e novembro de 2002.

Por esta razão, entendo que a infração 2 deva ser restabelecida, na sua totalidade.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110427.0020/03-3, lavrado contra **FOLHA VERDE COMERCIAL DE ESTIVAS E CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$164.001,59**, sendo acrescido da multa de 70% sobre R\$155.088,48 e 60% sobre R\$8.913,11, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Ciro Roberto Seifert, Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Fernando Antônio Brito de Araújo e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO (Vencido): Conselheiros Eratóstenes Macedo Silva e Eduardo Nelson de Almeida Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ERATÓSTENES MACEDO DA SILVA – RELATOR/VOTO (Vencido)

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS