

PROCESSO - A. I. Nº 206881.0004/04-6
RECORRENTE - LEMOSPASSOS ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0102-03/05
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 30/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0216-12/05

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER COMPROVAÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO POR PARTE DO RECORRENTE. 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. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Infração parcialmente caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0102/03-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$12.373,73, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

- 1 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativa a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, no valor de R\$3.450,24.
- 2 Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, 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, no valor de R\$2.729,59.
- 3 Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no valor de R\$6.193,90.

O recorrente, em sua defesa, contestou a autuação, reconhecendo, inicialmente, que as infrações 1 e 2 decorreram de erros de procedimentos contábeis da empresa e que serão objeto de pedido de parcelamento. Quanto à infração 3, se irressigna quanto a parte da acusação de que as mercadorias não foram escrituradas no seu livro de Registro de Entrada de Mercadorias, tendo em vista que o fisco apresentou as 3ª ou 4ª vias, mas que jamais adquiriu as mercadorias das referidas notas fiscais. Aduziu que o fato gerador do ICMS substituto e da diferença de alíquota decorre da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento comercial, conforme disposto nos arts. 371 e 5º, tudo do RICMS/97, devidamente transcritos. Alegou que analisou detalhadamente as notas fiscais acostadas ao processo e que relacionou, à fl. 159, pelas datas de emissão - janeiro de 1999 a abril de 2000 - números, fornecedores e valor dos produtos e verificou que, apesar de constar a indicação de sua razão social, nunca adquiriu as mercadorias indicadas nos referidos documentos fiscais motivo pelo qual não as escriturou nos livros próprios. Pugnou pela realização de

diligência no estabelecimento da impugnante, a fim de comprovar o quanto alegado. Ressaltou que a Nota Fiscal de nº 9938 não foi acostada ao processo, devendo, portanto, ser excluído o seu valor. No que tange à Nota Fiscal de nº 453.521, alegou que na mesma data (15/03/00) recebeu do mesmo fornecedor (Refinações de Milho Brasil) “*referente à mesma mercadoria, porém da filial de Salvador*”, cuja fotocópia junta à fl. 197. Disse que pode ter ocorrido que a nota fiscal tenha passado no posto fiscal e a filial em Salvador daquela empresa tenha emitido outra nota fiscal para entrega da mercadoria ao autuado, ponderando que não deve arcar com o ônus do imposto. Esclareceu que enviou “*carta registrada para todos os fornecedores envolvidos, estando a aguardar respostas*”, cujas fotocópias foram acostadas ao processo. Ao final, requereu:

- a) a exclusão dos valores correspondentes às Notas Fiscais de nºs 9938 e 453.521 (fl. 56), com valores respectivos de R\$4.000,00 e R\$456,74.
- b) a realização de diligência saneadora na sua melhor forma.
- c) a improcedência da infração 3.

Na informação fiscal, a auditora esclareceu que o imposto exigido relativo à infração 03, decorre da presunção da omissão de saídas anteriores sem o pagamento do imposto pela constatação de entradas não registradas e que, conforme disposto no art. 2º, § 3º, IV do RICMS/97, é facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. Afirmou que como prova da ocorrência da infração foram acostados ao processo os devidos demonstrativos, bem como as cópias das respectivas notas fiscais de entradas não registradas. Ressaltou que as notas fiscais objeto da autuação foram coletadas nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda através do CFAMT, emitidas por fornecedores com todos os dados de identificação e endereço do autuado. No seu entendimento, tal fato caracteriza a existência de provas suficientes da realização destas operações de aquisição de mercadorias, as quais não tendo sido registradas na sua escrita fiscal, caracterizam a presunção. Asseverou que conforme preceitua o art. 8º, IV, § 1º do RPAF/BA, o autuado deveria fazer juntada com a defesa de todos os meios de prova para comprovar suas alegações e que não o tendo feito, configura simples negativa de cometimento da infração, o que “*não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal*”. Acatou o pedido de exclusão do valor de R\$4.000,00, da base de cálculo desta infração, relativa à Nota Fiscal de nº 9.938, em razão do fato de a mesma não ter sido juntada ao processo, o que reduz o débito relativo ao exercício de 1999, de R\$5.902,91 para R\$5.222,91. Rejeitou o pedido de exclusão do valor correspondente à Nota Fiscal de nº 43.521, formulado pelo autuado, tendo em vista que não há prova de que foi substituída pela de nº 67.169. Aduziu que a defesa não trouxe nenhuma prova que descaracterize a autuação, “*pois falta a mesma a prova material*” e que falta consistência ao pedido de improcedência formulado, ratificando, parcialmente, o procedimento fiscal, que ficaria reduzido de R\$12.373,73 para R\$11.693,73.

Através do Acórdão JF nº 0102/03-05, a 3ª JF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) não há como prosperar o pedido de diligência formulado, vez que, à luz do art. 147, do RPAF/BA, a mesma deve ser realizada para trazer ao processo elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa, e os documentos trazidos ao processo são suficientes ao deslinde do feito;
- b) ficam mantidos os valores referentes às infrações 1 e 2, posto que não foram contestados;
- c) quanto à infração 3, tendo em vista que a Nota Fiscal de nº 9938, no valor de R\$4.000,00, não foi juntada ao processo, o que foi acatado pela autuante, restou reduzido o item 7, da infração 3, de R\$1.020,00 para R\$340,00;

- d) ainda no que se refere à referida infração, não merece guarida o argumento do autuado de que recebeu da Refinações de Milho Brasil a mesma mercadoria constante da Nota Fiscal nº 453.521, porém da filial de Salvador pela Nota Fiscal nº 67.169, posto que a primeira indica pedido de nº 99775 e a segunda o pedido de nº 99776, existindo também diferenças nos valores unitários dos produtos, respectivamente R\$456,74 e R\$511,93, tratando-se, pois, de operações diferentes;
- e) com relação às demais notas fiscais, em todas elas foi procedida a identificação do autuado, tendo as mesmas sido coletadas nos Postos Fiscais de fronteira deste Estado, sem prejuízo do fato de que a autuante acostou ao processo cópia de diversas notas fiscais de fornecedores habituais do autuado e que são justamente as notas fiscais não lançadas, o que demonstra que o mesmo fez compra junto aos citados fornecedores, convindo salientar, ainda, que o fato de o contribuinte ter encaminhado cartas aos supostos fornecedores não faz prova de que não adquiriu as referidas mercadorias;
- f) não tendo sido registrados os documentos fiscais nos livros próprios, fica caracterizada a infração e, conseqüentemente, a presunção da omissão de saídas de mercadorias tributáveis;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 3ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, alegando, inicialmente, que, quanto às infrações 1 e 2, por entender serem devidas, firmou um parcelamento de débito, autorizando débito em conta das prestações do parcelamento, acrescentando que o compromisso foi firmado em 28/01/2005, tendo sido pagas pontualmente todas as prestações, conforme prova que afirma anexar. Logo, no que concerne às infrações 1 e 2, requer seja considerado o parcelamento firmado no valor de R\$6.179,83 com os devidos acréscimos legais, em função de estar sendo objeto de regular pagamento, devendo ser excluído o valor do presente auto. No que diz respeito à infração 3, aduziu que mesmo sem que as mercadorias contidas nas notas fiscais tivessem sido adquiridas pelo autuado, portanto, mesmo sem ter ocorrido o fato gerador do imposto, qual seja, a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento comercial, concluiu o Acórdão pela falta de prova material, onerando o sujeito passivo. Alegou que foram enviadas cartas registradas aos emitentes das notas fiscais envolvidas, porém nenhum deles respondeu, o que atesta que não houve omissão de saída de mercadorias por parte do recorrente, simplesmente porque os emitentes não têm essas notas fiscais com o devido canhoto de recebimento. Asseverou que está sendo penalizado por um ato que não cometeu, visto que as notas podem ter sido emitidas unilateralmente, mercadorias encaminhadas para o Estado da Bahia, sem que o destinatário fosse o recorrente, sendo, aliás, de pleno desconhecimento deste. Afirmou que deveria haver um mecanismo de se intimar os emitentes das notas fiscais para prestarem esclarecimentos ou se manifestarem quanto a origem dessas notas, sendo estas empresas sim obrigadas a fornecer elementos que comprovem que o recorrente fez o pedido ou assinou no canhoto, requerendo que seja elidida a presunção de legitimidade da ação fiscal, bem como que seja declarada a total improcedência da infração 3, e reduzido e retificado do valor do Auto o montante constante do parcelamento de débito (R\$6.179,83) na parte da Resolução.

Em seu Parecer, a representante da PGE/PROFIS entende que em relação às infrações 1 e 2, o parcelamento deve ser contabilizado mês a mês, até o pagamento integral, momento em que será excluído totalmente o crédito tributário, não podendo ser extinguidos estes dois itens da autuação, como requereu o autuado. Quanto à infração 3, única efetivamente guerreada, o ônus em provar o não cometimento da infração apontada pela fiscalização é do contribuinte e nesse sentido nada é trazido aos autos para atestar que as mercadorias não foram recebidas pelo recorrente, como alega em sua defesa e agora em Recurso, a simples negativa do recebimento das mercadorias e do desconhecimento dos fornecedores emitentes das notas fiscais apreendidas na fiscalização de trânsito, os quais teriam utilizado dolosamente sua inscrição estadual, não é suficiente para desconstituir a acusação. Aduziu que as notas fiscais apreendidas pela

fiscalização de trânsito de mercadorias na operação CEFAMT e entregues ao autuante e fornecidas à autuada para verificação de registro em sua contabilidade são idôneas e contêm todos os elementos necessários e suficientes para caracterizar a aquisição de mercadorias pela empresa, pois são emitidas por fornecedores contumazes e conhecidos seus, contém como destinatária das mercadorias o recorrente e essas mercadorias são inerentes à atividade primordial que exerce que é o comércio de alimentos. Além disso, verifica-se que se tratam de compras a prazo, onde o cuidado do fornecedor é maior ainda em relação à qualidade do comprador e, como dito, poderia o recorrente se insurgir contra a cobrança caso a mercadoria não chegasse, já que a cobrança só ocorreria posteriormente. Assim, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, vez que as razões do recorrente não proporcionam a reforma do julgado.

VOTO

Reparo algum merece o decisório proferido no âmbito de Primeira Instância. Senão, vejamos.

No que concerne à alegação do recorrente de que está cumprindo fielmente o parcelamento quanto aos itens 1 e 2, objeto de autuação, e que, por tal razão, os valores atinentes aos dois itens devem ser excluídos da condenação, razão alguma assiste ao mesmo, posto que o pagamento deverá ser contabilizado mês a mês até o pagamento final do débito, quando, somente então, será totalmente extinto o crédito tributário. Assim, fica a extinção do crédito tributário sujeita à condição resolutória do pagamento integral do débito, a fim de que possa ocorrer a sua homologação.

No que se refere à infração 3, objeto do Recurso Voluntário, verifica-se que o recorrente foi acusado de não ter registrado na sua escrituração diversas notas fiscais relativas a compras de mercadorias, conforme demonstrativos juntados às fls. 15 e 16 pela autuante e cópia das mesmas acostadas às fls. 18 a 57.

Compulsando-se os autos, percebe-se que em relação às notas fiscais acostadas aos autos, constata-se que em todas elas foi procedida a identificação do autuado, tendo as mesmas sido coletadas nos Postos Fiscais de fronteira deste Estado. Ademais, convém observar que a autuante acostou ao processo cópia de diversas notas fiscais (fls. 18 a 38) de fornecedores habituais do autuado e que se tratam dos mesmos das notas fiscais não lançadas, o que induz ao fato de ter o autuado efetuado compra nos mesmos fornecedores.

É de corriqueira sabença que *in casu* o ônus de provar o não cometimento da infração apontada pela fiscalização é do contribuinte, o que incorreu no caso vertente, vez que nada foi trazido aos autos para atestar que as mercadorias não foram pelo mesmo recebidas. Ora, a simples negativa do recebimento das mercadorias e do desconhecimento dos fornecedores emitentes das notas fiscais apreendidas na fiscalização de trânsito, os quais teriam utilizado dolosamente sua inscrição estadual, não tem o condão de descaracterizar a acusação fiscal.

Pari passu, insta salientar que as notas fiscais apreendidas pela fiscalização de trânsito de mercadorias na operação CEFANT, entregues ao autuante e fornecidas ao recorrente para verificação de registro em sua contabilidade, são idôneas e contêm todos os elementos necessários e suficientes para caracterizar a aquisição de mercadorias pela empresa, pois são emitidas por fornecedores contumazes e conhecidos seus, contendo como destinatário das mercadorias justamente o recorrente, sendo as citadas mercadorias inerentes à atividade primordial que exerce que é o comércio de alimentos.

Mas não é só. A despeito dos flagrantes indícios acima apontados e que não foram devidamente desconstituídos pelo recorrente, verifica-se que as compras por ele realizadas foram a prazo, onde o cuidado do fornecedor é maior ainda em relação à qualidade do comprador e, como dito,

poderia o recorrente se insurgir contra a cobrança, na hipótese de a mercadoria não chegar, posto que a cobrança somente ocorreria em momento posterior.

Todavia, o que se vislumbra da análise dos autos é a carência de provas que estariam a cargo do recorrente, inexistindo qualquer elemento de sua escrita fiscal ou contábil apresentado em seu socorro.

Ex positis, em face de tudo quanto acima exposto, inexistindo qualquer prova em sentido contrário apresentada pelo recorrente, com espeque no Parecer emitido pela Ilustre Representante da PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo-se *in totum* a referida Decisão proferida em Primeira Instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206881.0004/04-6 lavrado contra LEMOSPASSOS ALIMENTOS LTDA., homologando-se os valores já pagos pelo recorrente quanto às infrações 1 e 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206881.0004/04-6**, lavrado contra **LEMOSPASSOS ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.693,73**, atualizado monetariamente, sendo R\$6.179,83 acrescido da multa de 60%, e R\$5.513,90, acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, VII, “a”, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se os valores já pagos pelo recorrente quanto às infrações 1 e 2.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS