

**PROCESSO** - A. I. Nº 298921.0012/04-8  
**RECORRENTE** - TROPICAL FRUIT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0125-02/05  
**ORIGEM** - INFAZ VALENÇA

### RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação da Ementa e da Resolução pertinente ao Acórdão nº 0248-11/05 de 14 de julho de 2005, exarado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme solicitação da GECOB/DÍVIDA ATIVA, em 01/11/2005, doc. fls. 278 a 285 dos autos, para que seja suprida a incorreção na infração 2, cujo valor constante na Resolução deve ser excluído por ter sido julgado nulo. Corrigida, também, a inexatidão na Resolução quanto ao valor referente à infração 4, mantida pela 1ª CJF e não incluída no montante do débito julgado, de acordo com o previsto no § 3º, art. 164 do RPAF/BA.

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0248-11/05-A

**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. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Modificada a Decisão recorrida. Descabida a aplicação da penalidade por não se tratar de mercadorias adquiridas para comercialização. Item Nulo. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PROBAHIA. A empresa aderiu ao Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA, Resolução nº 18/2001, assim, fica vedada a utilização de quaisquer outros créditos fiscais. Infração mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário entreposto pelo autuado para combater o Auto de Infração lavrado em 27/12/2004, para exigir ICMS e multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, ICMS de R\$32.799,50 e multa de 70%;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$1.181,02;

3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$1.580,71;
4. Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor. A partir de 10/2001, a empresa aderiu ao PROBAHIA com crédito presumido de 70%. Conforme anexo 5, a empresa estava utilizando indevidamente o crédito das transferências para industrialização, mercadoria polpa de frutas (COP – 2.21) da filial em São Paulo para o contribuinte. ICMS de R\$62.453,63;
5. Omitiu dados nas informações econômico-fiscais através do DME (Declaração do Movimento Econômico de Micro Empresa). Multa de R\$120,00

O autuado através de advogado ingressa com defesa, fls. 148 a 157, na qual tece os seguintes argumentos:

Em sua impugnação o autuado diz que o presente Auto de Infração está eivado de vícios e, portanto deve ser considerado nulo, entre outras coisas afronta os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa. Sustenta que o autuante ao fazer uso do que preceitua o Decreto nº 6.284/97, o fez de maneira equivocada. Entende que com base nos princípios constitucionais da segurança e clareza jurídica o Auto de Infração tem o dever de provar que o fato jurídico, objeto da autuação ocorreu em conformidade com a hipótese da incidência do imposto lançado.

Alega também, o que convencionou qualificar de esdrúxula tentativa de exigir-se ao mesmo tempo o tributo e a multa pelo descumprimento da obrigação principal, e mais multa formal por descumprimento de obrigação acessória.

Com relação à infração 1 diz que as mercadorias ali relacionadas não devem ser consideradas tributáveis pois não são objeto de comercialização, sendo sua atividade a produção e venda de polpa de frutas.

No que respeita à infração 2 diz o contribuinte que, para a constatação do evento deve ser feito através de Levantamento Quantitativo de Estoques, com a comparação do estoque inicial, entradas e saídas e estoque final, em se constatando o não registro na escrita fiscal, restaria a aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória.

Em relação à infração 4, diz tratar-se de devolução de produtos remetidos à filial de São Paulo e posteriormente devolvidos para reproprocessamento, configurando-se em mera devolução e desse modo, tem direito a utilizar-se do crédito do ICMS, pelo fato de não caracterizar como operação tributável.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 162 a 163, rebate as argumentações da defesa e mantém integral o Auto de Infração.

A 2ª JJF rejeita integralmente a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo por não se enquadrar em nenhum inciso do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, diz o relator da 2ª JJF que na infração 1, o lançamento do ICMS decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. As notas fiscais constam às fls. 26 a 64, e foram destinadas ao contribuinte autuado, e o demonstrativo analítico às fls. 24 e 25.

Em prosseguimento aduz o relator, que de acordo com o que dispõe o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, a referida presunção admite prova em contrário do contribuinte. Assim, como o autuado não comprovou que as notas fiscais foram devidamente registradas, o fato detectado pela fiscalização leva à conclusão de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente realizadas, sem o pagamento do imposto, mantendo-se a infração.

Quanto à segunda e à terceira infrações, diz a JJF que se aplicou corretamente o art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96, porém deve-se levar em consideração a Nota Fiscal nº 374.502, cuja multa soma

R\$224,15, pois esta nota foi também considerada na infração 1, reduzindo o valor da multa da infração 2 para R\$956,87, mantendo-se a infração 3, em seu original.

No caso da infração 4, informa o relator que a mesma decorreu da utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor.

Consta que a empresa aderiu ao PROBAHIA com crédito presumido de 70%. Conforme anexo 05, a empresa estava utilizando indevidamente o crédito das transferências para industrialização, mercadoria polpa de frutas da filial em São Paulo p/ o contribuinte.

Informa a JJF, que o autuante citou o art. 96, inciso XIV, do RICMS, para fundamentar a infração, o qual diz o relator, não se aplica à presente situação, pois com a adesão da empresa ao PROBAHIA seu direito ao creditamento cinge-se a 70%, o percentual do crédito presumido a ser utilizado nas operações de saídas de polpa de frutas, assim sendo fica vedada a utilização de demais créditos decorrentes da aquisição de mercadorias.

Observa a JJF, que nos Registros de Apuração de ICMS, acostados ao PAF, o autuado, além de utilizar o estorno de débito, relativo à redução de 70% do PROBAHIA, utilizou-se dos créditos apontados nesta infração, que devem ser glosados em sua totalidade, pois a adesão ao PROBAHIA, não permite a utilização dos demais créditos fiscais, que não o percentual de 70%, do crédito presumido. Contudo, como o lançamento desta infração limitou-se ao valor de R\$62.453,63, entende o relator que este valor deve ser exigido, que corresponde a 70% do crédito lançado e em nova ação fiscal o fisco deve verificar a existência de diferenças relativas à utilização indevida de créditos, já que os valores devem ser glosados em sua totalidade.

De modo que não há comprovação nos autos, afirma a JJF, de que se trata de devolução de mercadorias, portanto mantém a infração.

Como a infração 5 não foi contestada pela empresa, entende o relator, que implica no seu reconhecimento tácito.

E, para concluir, vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Insatisfeito com a Decisão exarada pela 2ª JJF o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário contra a Decisão recorrida, pugnando inicialmente pela nulidade do lançamento fiscal, sob a alegação de que o Auto de Infração estar lastreado de documentação inidônea, estando ausentes elementos essenciais para subsidiar o Lançamento de Ofício.

Alude a infração 1, para afirmar que o autuante impôs a cobrança do tributo por supostamente ter o recorrente omitido saídas de mercadorias tributáveis apurada através de mercadorias não registradas nos exercícios de 2001 e 2002.

O auditor, segundo o recorrente, utilizou-se da presunção mencionada no inciso IV, § 3º do art. 2º do Decreto nº 6.284/97, neste caso é de se admitir que o fisco cobre imposto pela saída dessas mercadorias, permitindo o crédito do ICMS na operação imediatamente anterior. Por outra parte, no que respeita à infração 2, é também exigido do contribuinte multa de 10% sobre o valor comercial do bem, sujeito à tributação que tenha ingressado no estabelecimento sem o devido registro contábil.

Na infração 3, tem-se, por fim, a cobrança de 1% sobre o valor comercial de mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

O elemento motivador da autuação em todos os casos alude o recorrente, é a falta de registro de mercadorias tributáveis ou não. Entendendo o recorrente, que a exigência do imposto na hipótese da falta de registro de notas fiscais de entrada terá que ser determinada com base no levantamento quantitativo de estoques, para verificação da hipótese do tributo já ter sido pago na saída da mercadoria tributável, pois se isso aconteceu restaria a cobrança de multa formal pelo descumprimento de obrigação acessória.

Todavia, constata-se que, apesar de o autuante enquadrar a infração 1 ao art. 936 do RICMS/97, inexistente qualquer documento que ateste ter o autuante realizado o necessário levantamento quantitativo de estoques. Diz o recorrente, que a exigência do tributo baseado em presunções, requer necessariamente estar acompanhado de provas, e que a não observância pela autoridade que procede ao lançamento fiscal vicia o ato, tornando-o inócuo para os fins a que foi criado.

Adiante alega o recorrente, que a exigência do tributo na forma do item 1, é descabida, pois, as mercadorias ali arroladas em sua maioria não podem ser consideradas tributáveis, haja vista que não são objeto de vendas, da mesma forma alega que os produtos constantes do Anexo 2, do Auto de Infração, não podem ser considerados bens sujeitos à tributação, pois se destinam ao uso ou consumo ou mesmo a seu ativo fixo, logo não destinados a revenda.

No item 4 do Auto de Infração a empresa é acusada de apropriação indevida de crédito fiscal nas transferências da Filial de São Paulo para a Matriz no Estado da Bahia, da mesma polpa de frutas para lá enviada, mas por serem devolvidas pelos clientes por qualquer motivo, retornam à Matriz para serem reprocessadas. Entendendo o recorrente que por se tratar de devolução tem direito ao referido crédito. Trazendo novo demonstrativo de cálculo do ICMS, afirmando que o valor devido jamais seria R\$62.453,63 e, sim, 30% deste R\$18.736,07.

Por fim, reitera seu pedido de diligência para revisão dos livros e documentos fiscais da Matriz e da Filial, para que desse modo possa se fazer um julgamento justo, para finalmente requerer a Nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração e, caso não seja ainda suficiente para formação de juízo, que se faça uma revisão fiscal para se alcançar justiça.

A ilustre representante da PGE/PROFIS se manifesta inicialmente afastando a preliminar de nulidade levantada pelo recorrente, por entender que o Auto de Infração está revestido de todos os elementos indispensáveis, não havendo desse modo razão que ampare o pedido de nulidade suscitado pelo recorrente.

Quanto à infração 1 diz não encontrar motivação para atender a quanto solicita o contribuinte, por estar a mesma fundamentada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, não cabendo discussão sobre a natureza das mercadorias não registradas, pois a lei autoriza a presunção de saídas anteriores, essas sim, tributadas.

No que tange às infrações 2 e 3, diz a ilustre procuradora tratar-se de multa formal por descumprimento do registro das notas fiscais de entrada de mercadorias tributadas e não tributadas no LRE, aplicada corretamente.

Já a infração 4, que trata da utilização de crédito indevido, a argumentação do recorrente está totalmente desprovida de razão, pois tendo a empresa aderida ao PROBAHIA está expressamente impedida de usar qualquer outro crédito. Entendendo a ilustre Procuradora que as remessas da Filial de São Paulo para a Matriz são para a industrialização e não de devolução como pretende o recorrente. Entendendo, finalmente, que o Recurso Voluntário Não deva ser Provido.

## **VOTO**

O Auto de Infração em julgamento decorreu do cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS de R\$32.799,50 e multa de 70%;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$1.181,02;
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$1.580,71;
4. Utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor. A partir de 10/2001, a empresa aderiu o PROBAHIA com crédito presumido de 70%.

Conforme anexo 5, a empresa estava utilizando indevidamente o crédito das transferências para industrialização, mercadoria polpa de frutas (COP – 2.21) da filial em São Paulo para o contribuinte. ICMS de R\$62.453,63;

5. Omitiu dados nas informações econômico-fiscais através do DME (Declaração do Movimento Econômico de Micro Empresa). Multa de R\$120,00.

Não se aplica a preliminar de nulidade aventada pela recorrente, pois em nenhum momento o sujeito passivo foi tolhido no seu direito de defesa nem no contraditório. O Auto de Infração foi lavrado em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99. A suscitada preliminar não se enquadra em nenhum inciso do art. 18 do RPAF/99.

Quanto à infração 1, no mérito e de acordo com o § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, ficou comprovado que a recorrente não comprovou que as notas fiscais levantadas, relativas a insumos e material de embalagem, foram registradas, levando a fiscalização a concluir que de fato houve omissão de saídas de mercadorias, anteriormente realizadas, sem o pagamento do imposto, desse modo conclui pela manutenção da infração 1.

Com referência à infração 2, observa-se que a exigência do imposto pela falta de registro da mercadoria, só se dará se o imposto não tiver sido pago por antecipação ou na saída do bem. É essencial também para a exigência do imposto, que a mercadoria ou bem seja tributável, no caso em questão a autuada é consumidora final desses produtos, neste caso é indevido o imposto. Conclui pela nulidade deste item, constante do Auto de Infração em análise.

Quanto à infração 3, a multa aplicada está prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Não tendo a recorrente demonstrado regularidade na escrituração fiscal, concordo com a decisão de primeira instância, em manter integral este item da autuação.

No caso da infração 4 os demonstrativos acostados aos autos à fl. 82 do presente PAF, traduz a forma correta de compensação dos créditos quando do retorno das mercadorias da filial de São Paulo para a Matriz no Estado da Bahia, portanto concordo com a decisão exarada pela 2ª JF.

Por fim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298921.0012/04-8, lavrado contra **TROPICAL FRUIT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$95.253,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$62.453,63 e 70% sobre R\$32.799,50, previstas no art. 42, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas nos valores de **R\$1.580,71**, com os devidos acréscimos legais, e **R\$120,00**, previstas no art. 42, XI e XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIERO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS