

A. I. Nº - 298921.0012/04-8  
AUTUADO - TROPICAL FRUIT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA  
ORIGEM - INFRAZ VALENÇA  
INTERNET - 03.05.05

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0125-02/05**

**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. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Excluída nota fiscal que também foi computada na infração 01, o que reduziu o valor da multa exigida. 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 comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE INFORMAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NAS DME's. MULTA. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 27/12/2004, exige ICMS e multas em razão de 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 o PROBAHIA com crédito presumido de 70%. Conforme anexo 05, 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:

Diz que o Auto de Infração está repleto de irregularidades, uma vez que não está lastreado de documentação idônea, faltando-lhe elementos essenciais para subsidiá-lo, e que deve ser considerado nulo, por afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Com relação à infração 01, argumenta que o autuante utilizou-se da presunção legal mencionada no Decreto 6.284/97 que determina suposição de ter havido a ocorrência do fato gerador do tributo sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registradas.

Questiona que não há qualquer documento elaborado ou oferecido à contestação que demonstre a relação do necessário levantamento quantitativo dos estoques da autuada.

Entende com base nos princípios constitucionais da segurança e certeza jurídica, que o auto de infração tem o dever de provar que o fato jurídico, objeto da autuação, ocorreu em exata conformidade com a hipótese de incidência do imposto lançado, ou seja, a exigência de tributo necessariamente precisa vir acompanhada de outros meio de prova para comprovar a sua existência.

Além dos já citados motivos para declarar a nulidade do auto de infração, a autuada ainda informa que houve a esdrúxula tentativa de exigir-se concomitantemente o tributo e a multa pelo descumprimento de obrigação principal adicionada a multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

Insiste em descharacterizar a infração 01 informando que não seria possível a cobrança do tributo pelo fato de que as mercadorias ali elencadas não poderiam ser consideradas como tributáveis, vez que não foram e não são objeto de comercialização por parte da Autuada, uma vez que esta se trata de uma empresa industrial que produz e comercializa polpas de frutas.

Sobre a infração 02, diz que o autuante exige multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação, que tenham entrado no estabelecimento ou utilizados, sem o devido registro na escrita fiscal.

Entende que o elemento motivador da exação fiscal é a falta de registro de mercadorias tributáveis ou não, podendo exigir-se o próprio tributo, ou apenas a multa por descumprimento da obrigação acessória que poderá ser maior ou menor a depender do tipo de mercadoria (tributável ou não) ou do pagamento de imposto antecipado. Devido a isso se constata que somente exigirá imposto por falta de registro da mercadoria se este tributo já não tiver sido pago, antecipadamente (na entrada da mercadoria no estabelecimento) ou no momento da saída.

Aduz que para se constatar que houve falta de registro de notas fiscais de entrada de mercadorias deve ser feito um Levantamento Quantitativo de Estoques, que consiste em se comparar o estoque inicial, entradas, saídas e estoque final para verificação da hipótese do tributo já ter sido pago na saída da mercadoria tributável, pois se isso ocorreu só restaria a multa por descumprimento da obrigação acessória.

Em relação à infração 04 informa que as remessas para a industrialização se tratam de devoluções de produtos não comercializados, efetuadas pela filial de São Paulo à sua matriz baiana. Toda polpa que a filial recebe advém de remessas da matriz, ou seja, em São Paulo esse produto é comercializado e em caso de devolução por parte do consumidor final, esse produto poderá ser

recomercializado ou devolvido para a matriz para o reprocessamento. Como a filial de São Paulo somente adquire produtos da matriz, qualquer remessa da filial para a matriz configura-se mera devolução de produto com isso o contribuinte tem o direito de utilizar o crédito do ICMS, tendo em vista que não se perfez a operação tributável.

Declara que o que poderia ter ocorrido foi um mero erro no preenchimento dos documentos fiscais e isso configuraria, apenas, infração de natureza acessória, não ensejando o pagamento de tributo, sob pena do estado da Bahia enriquecer ilicitamente.

Diz que o auditor apurou todas as transferências para industrialização, e determinou como indevido, 70% de crédito lançado. Porém se o contribuinte já fez jus a setenta por cento de crédito presumido, por óbvio, somente seria indevido trinta por cento. Com isso o autuante onerou em quarenta por cento o valor do tributo reclamado. Desta forma, o valor “devido” jamais seria os R\$ 62.453,63 exigidos, mas trinta por cento desse valor, ou seja, R\$ 18.736,07.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 162 a 163, nos seguintes termos:

Afirma que toda a fiscalização foi feita com base nos procedimentos legais e cabíveis. No dia 30/11/2004, foi apresentado o demonstrativo, ao contribuinte, com Notas Fiscais não lançadas na escrita Fiscal/Contábil do mesmo. A partir dele, com a ratificação da empresa, elaborou os anexos das infrações.

Quanto à infração 01, diz que no Anexo 01, todas as mercadorias são embalagens e insumos que formam e compõem o produto elaborado e, se a empresa não registra suas embalagens e insumos, a “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”, está caracterizada. Declara ainda que a infração é tão transparente que não necessita de levantamento, como foi sugerido pelo autuado. Quanto à multa e o imposto, fazem parte da tipificação e enquadramento da infração, não existindo qualquer problema de nulidade.

Já a infração 02 tem o mesmo raciocínio da infração 01, com relação a aparelhos e equipamentos para industrialização. Como estas mercadorias não compõem o produto final, enquadrados na entrada de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, por ser mais lógico e racional. Novamente não há qualquer questionamento sobre o registro das Notas Fiscais.

Quanto à infração 03, só há mercadorias não tributáveis, portanto devidamente enquadrada. Para tanto, o contribuinte nem questiona o demonstrativo.

Na própria defesa, da infração 04, o contribuinte informa que a empresa utiliza o crédito do código 2.21.- transferência para industrialização, erroneamente, pois segundo a legislação (Decreto 6.284/97) é vedada esta utilização. Declara ainda que o contribuinte em sua defesa expressa “devolvido para a matriz para reprocessamento”, ou seja, ele próprio caracterizou como produto intermediário e também as notas fiscais do anexo 04 não apresentam conhecimento de transporte ou qualquer dado do transportador.

O autuante informa que o raciocínio dele em relação à infração 04 foi feito da seguinte forma: “A mercadoria saiu com crédito presumido de 70%, ou seja, tributação com 30%. Na transferência, mantivemos os 30% da tributação de ida e retiramos os 70% por serem indevidos. A empresa apresenta uma tabela com raciocínio totalmente inverso, logo, deve ser descartada por total falta de embasamento.”

## VOTO

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, os quais lhe permitiram a verificação das quantidades e dos valores apurados.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, na infração 01, o 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.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto a referida presunção é “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, cabendo ao contribuinte comprovar a sua improcedência.

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.

Infração mantida.

Quanto à segunda e à terceira infrações, exige-se multas de 10% e de 1% sobre o valor das mercadorias sujeitas à tributação, e não tributável, respectivamente, que ingressaram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

A penalidade aplicada encontra-se no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

O autuante juntou o demonstrativo analítico às fls. 65 e 71, e as notas fiscais correspondentes encontram-se às fls. 66 a 70 e 72 a 81.

A defesa não demonstrou a regularidade da escrituração fiscal, portanto as infrações devem ser mantidas, com a exclusão do valor relativo à nota fiscal nº 374.502, cuja multa perfaz R\$ 224,15, pois esta nota fiscal também foi considerada na infração 01. Portanto, o valor da infração 02 passa a ser de R\$ 956,87, sendo mantida a infração 03 no valor originariamente exigido.

A infração quatro decorreu da utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor. Consta na descrição dos fatos que a partir de 10/2001, 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 (COP - 2.21) da filial em São Paulo p/ o contribuinte.

O autuante citou o art. 96, inciso XIV, para fundamentar a infração. Tal dispositivo estabelece:

*De 01/04/96 até 31/12/2005, foi concedido o crédito presumido do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher, aos estabelecimentos industriais que se dedicuem à preparação de especiarias e condimentos (código de atividade 26-13-7) e aos fabricantes de sucos de frutas, legumes e xaropes para refresco (código de atividade 27.44-2), nas saídas de polpas de frutas, sucos, néctares e concentrados de frutas, em importância equivalente a 30% do valor do imposto destacado nos documentos fiscais, nas operações internas e interestaduais.*

*Para a fruição de tal benefício, deve ser observado:*

- a) *a utilização do crédito fiscal fica condicionada a que o contribuinte efetue o estorno correspondente a 30% do valor dos créditos relativos às entradas de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e materiais de embalagens recebidos para emprego no processo de industrialização dos produtos;*
- b) *Para fazer jus ao crédito, deverá o contribuinte habilitar-se junto à Secretaria da Fazenda, ouvida a Secretaria da Indústria Comércio e Mineração;*
- c) *É vedada a utilização do crédito previsto neste inciso cumulativamente com o benefício de financiamento concedido através do PROBAHIA/PROIND, instituído pela Lei nº 6.335, de 31 de outubro de 1991, modificado pela Lei nº 6.863, de 14 de junho de 1995, cabendo ao contribuinte optar por um deles;*
- d) *Os Secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio de Mineração, no âmbito das respectivas competências, estabelecerão as condições necessárias à habilitação de contribuinte para fruição do presente benefício fiscal.*

Não obstante este dispositivo ter sido citado, pelo autuante, não se aplica à presente situação, pois, efetivamente, a empresa aderiu ao Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA, Resolução nº 18/2001, em 04 de outubro de 2001. Aquela Resolução fixou em 70% o percentual do crédito presumido a ser utilizado nas operações de saídas de polpas de frutas realizadas pela Tropical Fruit Indústria e Comércio Ltda, instalada no município de Tancredo Neves, neste Estado, com vigência até 31/12/2005. Também ficou vedada a utilização de demais créditos decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços por parte da empresa.

Assim, sendo vedada a utilização de demais créditos, decorrentes de aquisição de mercadorias, o autuado não poderia utilizar, como o fez, o crédito fiscal relativo às transferências para industrialização. A planilha de fl. 82 explicita os valores das transferências e o crédito lançado no RAICMS. As cópias do livro de Apuração de ICMS encontram-se às fls. 85 a 116. Os valores foram transferidos sob o COP 2.21, transferências para industrialização: referente às mercadorias a serem utilizadas em processo de industrialização.

Verifica-se nos Registros de Apuração de ICMS, acostados ao PAF, que, 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 Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia – 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, entendo 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 a utilização indevida de créditos, já que os valores devem ser glosados em sua totalidade.

Outrossim, não há a comprovação nos autos de que se trata de devolução de mercadorias.

Reza o art. 142 do RPAF/99, que “A recusa de qualquer parte em comprovar fato com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Também o art. 143, do mesmo diploma legal afirma que “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Infração mantida.

A infração 05, não foi contestada pela empresa, o que implica no seu reconhecimento tácito.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 298921.0012/04-8, lavrado contra **TROPICAL FRUIT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 95.253,13**, acrescido das multas de 70%, sobre R\$32.799,50 e de 60% sobre R\$ 62.453,63, previstas no art. 42, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 2.657,58**, previstas no art. 42, IX, XI e XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR