

A. I. Nº - 147794.0003/04-9
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTES - GISLENE GUSMÃO LIMA e PAULO CÉSAR DA SILVA BRITO
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 07.10.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0357-02/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO DECLARADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE VENDAS NÃO DECLARADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provado que parte do lançamento já havia sido objeto de Auto de Infração anterior. Reduzido o débito. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Caracterizada a infração. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Caracterizada a infração. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE VENDAS NÃO DECLARADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Feita a revisão do lançamento, reduzindo-se o valor do débito. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Feita a revisão do lançamento, reduzindo-se o valor do débito. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/12/04, apura os seguintes fatos:

1. falta de recolhimento de ICMS relativo a saídas de mercadorias não declaradas [fato apurado em face da falta de registro de entradas de mercadorias], com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, sendo o fato constatado através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias exercício fechado (2000), com lançamento de imposto no valor de R\$ 274.309,89, mais multa de 70%;
2. falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter o autuado adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem escrituração de suas entradas, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sendo o fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2000), lançando-se imposto no valor de R\$ 50.071,20, com multa de 70%;
3. falta de recolhimento do imposto [ICMS] por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter a empresa adquirido mercadorias de terceiros sem documentos fiscais, estando ditas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tendo o fato sido apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício

- fechado (2000), lançando-se o imposto no valor de R\$ 624,33, com multa de 60%;
4. “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas” [sic] – Notas Fiscais retidas pelo sistema CFAMT, relativas aos exercícios de 2001 e 2002 –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 420.361,65, com multa de 70%;
 5. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [ou seja, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$ 59.530,41, com multa de 60%.

O autuado impugnou os lançamentos fiscais (fls. 415 e ss.), suscitando a nulidade do Auto de Infração com fundamento do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa, bem como o procedimento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Pergunta quais foram as mercadorias supostamente omitidas, quais as alíquotas de ICMS de cada uma delas. Aventa se não seria o caso de, havendo incerteza, ser aplicada uma alíquota menos onerosa para a empresa. Alega que o seu estabelecimento negocia com mercadorias sujeitas a diversas alíquotas. Observa que neste caso o imposto está sendo cobrado com base na presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que dá lastro ao § 3º do art. 2º do Regulamento, mas a Lei e o Regulamento não estabelecem qual a alíquota que deveria ser aplicada no caso da referida presunção, de modo que não cabe ao preposto fiscal preencher a lacuna da legislação, pois ele não é legislador e sim aplicador das disposições legais. Conclui que, como foi adotado procedimento não previsto em lei, o Auto de Infração é nulo.

Quanto ao fato de a exigência fiscal ser fundada em Notas Fiscais do sistema CFAMT, ou seja, Notas Fiscais que foram recolhidas pela fiscalização no trânsito de mercadoria e que consignam como destinatária a sua empresa, o autuado sustenta que também nesse sentido a autuação está fadada à nulidade, insinuando que não sabe quais seriam as Notas Fiscais e que não foi demonstrado em quais das Notas existe a evidência de que, efetivamente, foi a sua empresa que recebeu as mercadorias. Pergunta se não é de conhecimento comum que comerciantes inescrupulosos se utilizam de inscrição de empresas regularmente estabelecidas para adquirir mercadorias para sua atividade irregular. Pergunta de que modo os membros deste Conselho se defenderiam se fossem os acusados numa situação como esta. Aduz que comunicou o fato à Secretaria da Fazenda para que ela tomasse as providências, conforme documento anexo. Quanto a prestar queixa à polícia, diz que o problema se torna difícil, uma vez que os remetentes, quase que na sua totalidade, estão localizados em outra unidade da Federação, e isso tornaria ineficaz a prestação da queixa. Por outro lado, não tem como prestar queixa contra quem efetivamente recebeu as mercadorias, por não ser do conhecimento quem fez uso da inscrição de sua empresa. Aduz que uma amostragem anexada à defesa deixa claro que os casos em que inexiste o registro das notas de entradas e que não foram consequência de uso da inscrição por terceiros, a empresa deixou de efetuar os registros em consequência de não ter recebido as mercadorias.

Quanto ao mérito, o autuado argumenta que o Auto de Infração aponta omissão de saída de mercadorias, por presunção, em decorrência da constatação, através de levantamento quantitativo de estoque, de entradas de mercadorias sem o registro fiscal, porém a fiscalização não efetuou o comparativo entre o montante supostamente omitido e a disponibilidade da empresa no exercício objeto da exigência fiscal. Alega que, se assim tivesse procedido, verificaría que o montante das disponibilidades seria suficiente para ilidir a presunção da omissão de saída das mercadorias anteriores à omissão dos registros das entradas.

A defesa alega que, no tocante à presunção de omissão de saídas anteriores à omissão de entradas, no mesmo período desta autuação, a empresa sofreu exigência fiscal a título de passivo fictício, de modo que estaria havendo uma sobreposição de cobrança de imposto, através do levantamento quantitativo de estoque e através do passivo fictício.

Alega que a empresa não poderia registrar certas Notas Fiscais, e aponta a título de amostragem as Notas Fiscais às fls. 425 a 477.

Alega, ainda, que os fiscais deixaram de considerar o valor do estoque inicial e o valor das compras efetuadas no período. Diz que se forem considerados o estoque inicial e as compras das mercadorias consideradas omitidas não existe omissão de entradas. Para demonstrar a veracidade da afirmativa, a defendante anexou cópias de parte das notas de compras efetuadas durante o exercício.

Diz que a fiscalização solicitou a apresentação das Notas Fiscais de entradas, mas os documentos solicitados já estavam em poder dos autuantes.

Conclui a defesa sustentando que o presente Auto de Infração deve ser considerado nulo, e, no mérito, é improcedente.

Juntou documentos.

Um dos fiscais prestou informação (fls. 1087 e ss.) dizendo não ser possível concordar com as controvérsias levantadas pela defesa, no que concerne à alegação de incerteza quanto às mercadorias e à alíquota aplicável, bem como no tocante à alegação de que não teria recebido as mercadorias, tendo em vista que o levantamento quantitativo em exercício fechado efetuado de 1999 a 2000 está referenciado por código de produto, demonstrativo de cálculo do preço médio pelas entradas, demonstrativo de cálculo do preço médio pelo inventário e demonstrativo do cálculo das omissões, e os levantamentos estão em consonância com as determinações veiculadas na Portaria nº 445/98. Observa que as Notas Fiscais foram colhidas no CFAMT e são destinadas ao autuado, tendo sido entregue cópia das mesmas ao contribuinte. Quanto à alíquota, como foram encontradas omissões de entradas, a orientação contida nos arts. 7º e 8º, I e II, da Portaria nº 445/98 é no sentido de que deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º), de modo que a alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo da omissão é a prevista para as operações com mercadorias tributadas normalmente.

Com relação às alegações da defesa de que não foi verificado que as disponibilidades financeiras seriam suficientes para ilidir a presunção da omissão de saídas, de que há uma sobreposição de cobrança de imposto, através do levantamento quantitativo de estoque e através do passivo fictício no ano de 2000, de que no levantamento quantitativo das mercadorias relacionadas não foram computados os estoques iniciais e nem as compras efetuadas e de que não disponibilizou as notas fiscais de entradas dos produtos constantes do levantamento quantitativo porque estas estariam nas mãos dos autuantes, o fiscal contrapõe que o levantamento quantitativo dos estoques do ano de 2000 se pautou em estrita consonância com a Portaria nº 445/98, tendo sido elaborado com base no sistema SAFA, que é um sistema produzido especialmente para este fim, sendo devidamente alimentado com os dados do arquivo magnético e os do Registro de Inventário dos anos de 1999 e 2000. Explica que foram escolhidos os produtos por código para o levantamento quantitativo do estoque. Quanto aos produtos não lançados no Registro de Inventário de 1999, foi considerado que não havia estoque, e, portanto, devem ter sido adquiridos no decorrer do ano de 2000, sendo inverídica a alegação de não terem sido considerados os estoques existentes em 1999 e 2000. As notas fiscais anexadas pela defesa às fls. 479 a 1085, muitas das quais foram apresentadas em duplicidade, de forma desordenada e sem nenhuma lógica, referem-se a outros produtos fabricados pelos fornecedores do Autuado, cadastrados sob códigos diferentes, ou seja, a empresa cadastra os produtos por fabricante, e as Notas Fiscais anexadas dizem respeito a mercadorias que não estão compreendidas entre as que foram escolhidas para o levantamento e tiveram as Notas Fiscais processadas e escrituradas normalmente sob os respectivos códigos, de modo que não servem como comprovação de entrada das mercadorias selecionadas para o quantitativo de estoque efetuado na fiscalização do estabelecimento. O fiscal diz que faz essa

afirmação com base nos relatórios das Notas Fiscais de entradas de mercadorias por item, extraídos dos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ pelo contribuinte, referentes ao exercício de 2000, assegurando que foram confrontados os relatórios dos arquivos magnéticos com as cópias apresentadas pela defesa às fls. 479 a 1085. Faz uma listagem dos produtos que foram objeto do levantamento quantitativo. Aduz que, com relação a estes, não foi apresentado nenhum documento que respalde o estoque de mercadorias declarado no exercício, ou seja, não existem os documentos de entradas pertinentes, e, por conseguinte, não há como elidir a presunção de omissão de entradas. Explica que o critério adotado na seleção das mercadorias para o quantitativo de estoque foi basicamente a quantidade declarada como existente no final do exercício e, em seguida, o código do produto, haja vista o alto índice de rotatividade, considerando as entradas a partir do mês de junho de 2000. Aduz que, mesmo que as mercadorias (carnes bovina), produtos altamente perecíveis, constantes das Notas Fiscais às fls. 760/763 e 1043, emitidas em março e abril de 2000, pela empresa Tecnocarne e Discarba, fossem as selecionadas para o quantitativo, não seria possível conceber que as mesmas pudessem, em dezembro, ainda se encontrar em estoque, haja vista ser de conhecimento geral que os supermercados se abastecem diariamente destas mercadorias. Observa que as Notas Fiscais às fls. 1044/1050 (charques de diversos tipos), emitidas pelos fornecedores Frig, Alfa Industrial, Fricarne e Friboi, entre janeiro e maio de 2000, não fazem parte das mercadorias elencadas no levantamento, e, caso tivessem sido, vale para este caso a consideração referente à carne bovina, pois, a despeito de se tratar de salgados, não se pode conceber que um comerciante que adquire este tipo de mercadoria diariamente tenha no estoque de dezembro mercadoria adquirida no inicio do ano. Acrescenta que a mesma consideração se aplica com relação ao produto “Taff Man-E (código 121286).

Quanto à exigência fiscal relativa ao ano de 2000, o fiscal informa que esta se apresenta sob a presunção legal de operações mercantis não contabilizadas, por obrigações pagas ou inexistentes mantidas na conta de “Fornecedores”, tendo sido cobrado o imposto no Auto de Infração nº 207160.0001/02-4, lavrado em 14/10/02, procedente, sendo que a infração de que cuida o presente Auto diz respeito a omissão de entradas apurada em levantamento quantitativo de estoque, de modo que se trata de duas motivações diferentes que levam à mesma presunção. A seu ver, esta cobrança é devida, e o CONSEF já procedeu a julgamentos semelhantes, a exemplo dos Acórdãos CJF 0094/01 (JJF 1851/00) e JJF 0006-02/02, “Mas no entanto, se este egrégio tribunal entender que deva ser subtraído, o montante é de R\$ 30.505,83”.

Quanto à reclamação da defesa relativamente ao estoque inicial consignado no levantamento, o fiscal diz que “este procedimento está contemplado em nosso levantamento quantitativo de estoque, bastando para isso proceder o cotejo entre anexo 04 (fls. 14 e 15) com cópia do livro de registro de inventário do ano 1999 (fls. 63 a 74), aqueles que apresentam saldo zero é porque não apresentam saldo no inicio do ano”.

O fiscal rebate a afirmação do autuado de que os documentos a que alude a defesa se encontravam em posse da fiscalização, contrapondo que todo o trabalho de pesquisa e exame foi efetuado no estabelecimento, em sala cedida pelo mesmo, sendo, portanto, inverídica a afirmação de que os documentos estivessem com o fisco.

Diz que, do total das Notas Fiscais apresentadas pela defesa, mais de 68% são documentos em duplicidade.

Conclui dizendo que ratifica todo o procedimento fiscal. Opina pela procedência do Auto de Infração.

Dada ciência da informação fiscal ao sujeito passivo, este se manifestou (fls. 1152/1159) observando que as infrações 2^a, 3^a e 5^a estão conectadas da seguinte forma: a 2^a e a 3^a estão conectadas com a infração 1^a, e a infração 5^a está conectada com a infração 4^a. Reitera os argumentos expostos na defesa inicial quanto à nulidade do procedimento. Quanto ao mérito, reitera o argumento de que o Auto de Infração aponta omissão de saída de mercadorias, por

presunção, em decorrência da constatação, através de levantamento quantitativo de estoque, de entradas de mercadorias sem o registro fiscal, porém a fiscalização não efetuou o comparativo entre o montante supostamente omitido e a disponibilidade da empresa no exercício objeto da exigência fiscal. Alega que, se assim procedesse, verificaria que o montante das disponibilidades seriam suficiente para ilidir a presunção da omissão de saída das mercadorias anteriores à omissão dos registros das entradas. Observa que este argumento não foi enfrentado pelo autuante quando da informação fiscal, o que, a seu ver, evidencia o desacerto da autuação. Renova o protesto de que anteriormente, no mesmo período objeto de autuação, a empresa sofreu exigência fiscal a título de “passivo fictício”, de modo que existe uma sobreposição de cobrança de imposto, através do levantamento quantitativo de estoque e através do passivo fictício, tendo esta superposição sido reconhecida pelo próprio autuante às fls. 1093-1094. Com relação à omissão de registro de entradas de mercadorias, o autuado reclama que o autuante não explicou por que deixou de considerar o estoque inicial quando do levantamento quantitativo, uma vez que o livro lhe foi entregue, e só agora, após a chuva ter danificado o arquivo morto onde se encontrava o livro, por já terem decorrido mais de 5 anos, é que o fiscal o solicitou, verbalmente, o qual pode ser restaurado, e, para tanto, a empresa está mantendo contato com o antigo analista do seu sistema para que isso ocorra, aduzindo que fará a apresentação do referido livro, se necessário. Alega que, com relação a todos os produtos que a fiscalização considerou que houve omissão do registro de entradas, deixou de ser considerado o valor do estoque inicial e o das compras efetuadas no período, e, para demonstrar a veracidade disso, foram anexadas por amostragem cópias de parte das Notas de compras efetuadas durante o exercício. Quanto à afirmação do autuante de que as Notas Fiscais de entradas apresentadas se referiam a outros produtos, o autuado diz que isso não corresponde à realidade. Observa que no demonstrativo apresentado pelo autuante constam o código, a descrição e o fornecedor do produto. Diz que o autuante não registrou o fato, conforme foi explicado a ele, de que o mesmo código, na época do exercício objeto de autuação, era utilizado para o produto de mais de um fornecedor. Por exemplo, no caso da mercadoria “Pé suíno defumado”, a empresa utilizava o código 135870 para registrar este produto, cujo fornecedor era Chapecó, porém, por uma questão de mercado, se Frisane, outro fornecedor, passasse a fornecer este produto, poderiam ocorrer duas situações: o mesmo produto constar na empresa através de dois fornecedores, ou através de um novo fornecedor em detrimento do outro. Em uma ou outra hipótese, o código 135870 registraria “Pé suíno defumado”, independentemente se era da Chapecó, da Frisane ou de ambos os fornecedores. Quanto à afirmativa dos autuantes de que foi solicitado que a empresa apresentasse as Notas Fiscais de entradas mas não foram atendidos, o autuado diz que, quando da solicitação, os fiscais estavam de posse da documentação pertinente, de modo que a empresa não poderia, apenas através de seus controles administrativos, identificar a referida documentação. Quando a documentação foi devolvida, a empresa, de posse dos documentos, procurou localizar algumas Notas que evidenciam que não houve omissão de registro de entradas de mercadorias, conforme anteriormente foi exposto. Conclui reiterando os pedidos formulados na defesa inicial.

Em face da alegação da defesa de que estaria havendo sobreposição de cobrança de imposto, foi determinada a realização de diligência, solicitando-se que fiscal estranho ao feito informasse (fls. 1179/1181):

- a) qual o resultado final do Auto de Infração nº 207160.0001/02-4 no tocante ao passivo fictício, quanto à procedência ou improcedência e quanto aos valores remanescentes, se fosse o caso;
- b) se o período objeto daquele Auto coincide com o do presente Auto de Infração;
- c) qual o valor da base de cálculo e qual o valor do imposto do referido Auto de Infração nº 207160.0001/02-4, no tocante ao passivo fictício;
- d) em quais itens do presente Auto de Infração há repercussão do fato objeto do Auto de Infração nº 207160.0001/02-4;

- e) qual a opinião técnica acerca do pleito do autuado neste caso, efetuando-se os cálculos que porventura se tornem necessários para fundamentar o opinativo.

Na mesma diligência, tendo em vista a alegação da defesa de que certas Notas Fiscais não poderiam ser registradas, foi solicitado se verificasse a situação das aludidas Notas, inclusive as declarações dos fornecedores insertas entre as mesmas, e que, se fosse o caso, fossem refeitos os cálculos, haja vista que, se houve devolução de mercadorias, isso tem reflexo na situação em exame. Também foi solicitado que fosse examinada a alegação da defesa de que os fiscais deixaram de considerar o valor do estoque inicial e o valor das compras efetuadas no período.

Os auditores José Vicente Neto, Joaquim Maurício L. Jorge e Cláudia Azevedo Silva, designados para cumprir a diligência, informam o seguinte (fls. 1187/1190):

- a) o Auto de Infração n° 207160.0001/02-4 foi julgado procedente no valor de R\$ 30.505,83;
- b) há coincidência dos períodos daquele e do presente Auto de Infração, relativamente ao exercício de 2000;
- c) os valores da base de cálculo e do imposto do exercício de 2000 no Auto de Infração n° 207160.0001/02-4 são de R\$ 179.446,10 e R\$ 30.505,83, respectivamente;
- d) não é possível identificar se há repercussão, ou não, haja vista que a contabilidade da empresa não discrimina os saldos por fornecedor;
- e) considerando que ambas as infrações se referem à presunção de omissão de receitas oriundas de recursos não contabilizados, e como não há discriminação dos fornecedores na contabilidade, consideram os fiscais revisores que do valor do imposto lançado no 1º item do presente Auto de Infração deve ser abatido o imposto lançado no referido Auto de Infração n° 207160.0001/02-4, no valor de R\$ 30.505,83, remanescendo imposto na quantia de R\$ 243.804,06;
- f) quanto às Notas Fiscais anexadas pela defesa, foram todas elas examinadas, conforme tabela à fl. 1187, fazendo-se os ajustes considerados necessários para corrigir as distorções apresentadas; dizem os fiscais que, na sua maioria, as observações atinentes às referidas Notas Fiscais são justificáveis; foi elaborado um demonstrativo por situação de cada documento fiscal, consolidando-se em seguida em outro demonstrativo os débitos relacionados com as Notas Fiscais colhidas no CFAMT, excluindo-se as que foram realmente justificadas, que tiveram reflexos nos valores finais relacionados com a não escrituração dos documentos fiscais quanto ao levantamento do ICMS devido e pela falta de antecipação tributária no exercício de 2002;
- g) após análise dos documentos anexados pela defesa, remanesce no item 4º do Auto de Infração as quantias especificadas no quadro à fl. 1188, a saber: o imposto devido relativo ao exercício de 2001 é de R\$ 264.642,97, e o relativo ao exercício de 2002 é de R\$ 143.952,44, totalizando R\$ 408.595,41;
- h) com relação à antecipação tributária de que cuida o item 5º do Auto de Infração, só houve reflexo no mês de maio de 2002, relacionada com a devolução da mercadoria objeto da Nota Fiscal 28225, conforme fls. 434-435, ficando o imposto daquele mês modificado de R\$ 1.451,77 para R\$ 1.133,28.

Foi dada ciência ao autuado do resultado da diligência.

VOTO

O presente Auto de Infração é composto de 5 itens.

Os itens 1º, 2º e 3º dizem respeito a ICMS que a empresa deixou de recolher. Os valores foram apurados mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado – exercício de 2000. O item 1º cuida de saídas de mercadorias não declaradas, apuradas com base em presunção legal, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei n° 7.014/96. No item 2º,

está sendo atribuída responsabilidade solidária ao autuado, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal. E o item 3º refere-se ao imposto devido por antecipação, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas sem documentos fiscais.

No item 4º, o sujeito passivo é acusado de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas” nos exercícios de 2001 e 2002. Ou seja, a exemplo do item 1º, o item 4º cuida de saídas de mercadorias não declaradas, apuradas com base em presunção legal, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

O item 5º refere-se à falta de recolhimento de ICMS por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88”. Os anexos a que se faz alusão não são anexos do Auto de Infração, mas sim anexos do RICMS: o Anexo 69 pertence ao antigo RICMS, e o Anexo 88 pertence ao ICMS atual, no qual são especificadas as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com as correspondentes margens de valor agregado (MVA).

O autuado suscitou preliminares de nulidade do procedimento. Na primeira, alega que há incerteza nos lançamentos, pois no cálculo do imposto não foi levado em conta que o seu estabelecimento comercializa mercadorias sujeitas a diversas alíquotas. Argumenta que a lei não prevê qual seria a alíquota aplicável, não podendo o fisco preencher essa lacuna.

Quanto a esse aspecto, cumpre notar que, de acordo com o inciso VII do art. 632 do RICMS/97, “para efeitos de definição do local da ocorrência do fato gerador e da alíquota aplicável na hipótese de operação ou prestação sem documentação fiscal (...), presume-se a mercadoria ou o serviço, conforme o caso, posta em circulação ou prestado neste Estado”, seguindo-se quais as alíquotas aplicáveis. O fato em análise enquadra-se no art. 632, VII, “a”, 1, do RICMS/97: aplica-se a alíquota interna, de acordo com o tipo de mercadoria, em face da especificação do inciso I do art. 50, a menos que se trate de mercadoria da cesta básica ou considerada supérflua, caso em que a alíquota aplicável é a do art. 51. O imposto, neste caso, está sendo lançado com base em presunção legal: o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza que, no caso de omissão de entradas de mercadorias, se presume que os pagamentos dessas entradas foram feitos com receitas de saídas (vendas) de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. A presunção é relativa, admitindo prova em contrário. Cabe ao contribuinte provar que as receitas empregadas no pagamento das mercadorias adquiridas e não declaradas têm outra origem. Como também constitui ônus do contribuinte provar que as operações de saídas omitidas dizem respeito, especificamente, a mercadorias sujeitas à alíquota, por exemplo, de 7% ou de 25%. Estas alíquotas são excepcionais. Não havendo prova de qual dessas alíquotas seja a aplicável, adota-se aquela que constitui a regra geral, a de 17%.

Noutra preliminar, com relação às Notas Fiscais colhidas através do sistema CFAMT, a defesa alega, dentre outras coisas, que a empresa não poderia registrar certas Notas Fiscais, e aponta a título de amostragem as Notas Fiscais às fls. 425 a 477. Em face disso, foi determinada a realização de diligência por fiscais estranhos ao feito. Foi dada ciência ao autuado do resultado da diligência. Considero superada essa questão.

Passo ao exame do mérito.

O contribuinte alegou que, no caso do item 1º, sua empresa havia sofrido exigência fiscal a título de passivo fictício, relativamente ao mesmo período, de modo que estaria havendo uma sobreposição de cobrança de imposto, através do levantamento quantitativo de estoque e através do passivo fictício.

Na informação fiscal (fls. 1093-1094), um dos autuantes contrapôs que, “Quanto a exigência fiscal relativo ao ano de 2000, apresenta-se sob a presunção legal de operações mercantis não contabilizadas: por obrigações pagas ou inexistentes mantidas na conta de “Fornecedores”

cobradas no auto de infração nº 207160.0001/02-4, lavrado em 14/10/02, procedente; e a infração mantida neste PAF, omissão de entradas apuradas em levantamento quantitativo de estoque, pois, duas motivações diferentes que levam à mesma presunção” (*sic*). Depois da transcrição de acórdãos deste Conselho, o fiscal acrescenta o seguinte: “Mas no entanto, se este egrégio tribunal entender que deva ser subtraído, o montante é de R\$ 30.505,83.” Não explica, contudo, o que viria a ser esse valor de R\$ 30.505,83 (se base de cálculo, se imposto).

Conforme foi esclarecido na diligência realizada por fiscais estranhos ao feito, realmente no item 1º deste Auto de Infração houve duplicidade de lançamento de imposto, haja vista que, anteriormente, através do Auto de Infração nº 207160.0001/02-4, já havia sido lançado imposto em decorrência de passivo fictício no mesmo período. O § 1º do art. 60 do RICMS prevê que, em situações dessa ordem, deve-se levar em conta, apenas, a ocorrência de maior expressão monetária. Os fiscais que efetuaram a revisão, considerando que tanto a infração do Auto anterior como a do item 1º do presente Auto se referem a presunção de omissão de receitas oriundas de recursos não contabilizados, opinaram no sentido de que do valor do imposto lançado no 1º item do presente Auto de Infração deve ser abatido o imposto lançado no Auto de Infração nº 207160.0001/02-4, no valor de R\$ 30.505,83, remanescedo imposto na quantia de R\$ 243.804,06.

O autuado, à fl. 1154, assinalou que as infrações 2ª, 3ª e 5ª estão conectadas da seguinte forma: a 2ª e a 3ª estão conectadas com a infração 1ª, e a infração 5ª está conectada com a infração 4ª.

Não há vinculação entre os itens assinalados que implique duplicidade de lançamento. A duplicidade que foi detectada, envolvendo Auto de Infração anterior, foi corrigida, reduzindo-se o valor do débito do item 1º, conforme já salientei.

Mantêm-se na íntegra os valores lançados nos itens 2º e 3º, nos valores de R\$ 50.071,20 e R\$ 624,33, respectivamente.

Quanto ao item 4º, em face da revisão efetuada por fiscais estranhos ao feito, cujo resultado aprovo, o demonstrativo do débito deverá ser refeito com base no quadro à fl. 1188, a saber: o imposto devido relativo ao exercício de 2001 é de R\$ 264.642,98, e o relativo ao exercício de 2002 é de R\$ 143.952,45, totalizando R\$ 408.595,43.

Também deverá ser refeito o demonstrativo do débito do item 5º, alterando-se o valor da parcela do imposto do mês de maio de 2002, de R\$ 1.451,77 para R\$ 1.133,28. O valor total do item 5º passa de R\$ 59.530,41 para R\$ 59.211,92.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147794.0003/04-9, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 762.306,94**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 59.836,27 e de 70% sobre R\$ 702.470,67, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR