

PROCESSO - A. I. Nº 206911.0006/05-2  
RECORRENTE - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0122-03/06  
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE  
INTERNET - 21/09/2006

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0319-12/06**

**EMENTA: ICMS.** ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Comprovado nos autos a regularidade do registro nos livros próprios de parte das notas fiscais e que parte delas não foram emitidas contra o estabelecimento autuado. Infração parcialmente elidida. Rejeitados a nulidade suscitada e o pedido de diligência. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, através do qual o contribuinte manifesta a sua inconformidade com a Decisão da Junta de Julgamento que declarou a procedência parcial do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/05, para exigir ICMS no valor de R\$7.484,58 acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado deixou de registrar nos livros próprios diversas notas fiscais, capturadas pelo CFAMT, no exercício de 2000 o que pressupõe terem sido pagas com igual valor de vendas sem a emissão de nota fiscal e sem pagamento do tributo, conforme prevê a legislação em vigor.

O julgador de 1ª Instância, ao decidir a lide fiscal, exarou o voto a seguir transcrito:

*“Inicialmente afasto a preliminar de nulidade da autuação, argüidas pelo autuado, sob o fundamento de que não está alicerçado em princípios constitucionais, tendo em vista o Auto de Infração atende a todas as formalidades legais previstas, constantes no art. 38 do RPAF/99 e demais dispositivos regulamentares, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente. Ressalto que na acusação, é possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, o que não acarreta a nulidade do lançamento, conforme disposto no art. 18, § 1º do RPAF/BA.*

*Também, rejeito o pedido de diligência, com arrimo no art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por entender desnecessário, uma vez que considero suficiente para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos.*

*No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de contabilização de entradas de mercadorias, sob a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.*

*O autuado, na sua defesa, alegou que as notas fiscais de números 106711 e 41059, foram devidamente registradas às fls. 67 e 157 do livro de Registro de Entrada de Mercadorias (REM) e as de números 0124, 203208 e 184641, não foram emitidas contra o seu estabelecimento, o que foi acatado em parte pelos autuantes, haja vista que em relação a nota fiscal de nº 41059, não foram apresentadas provas capazes de elidir a acusação. Constatou que a nota fiscal de nº 106711 foi devidamente registrada à fl. 67 do livro REM (fl. 33), enquanto por equívoco os autuantes fizeram constar no demonstrativo à fl. 9, como sendo de nº 6992, que refere-se ao número de controle aposto na citada nota fiscal (fl. 15).*

*Em relação à nota fiscal de nº 41059, verifico que foi emitida em 03/12/01 (fl. 78) e devidamente registrada à fl. 157 do livro REM (fl. 80), conforme documento juntado com a manifestação do contribuinte após a informação fiscal (fl. 80). Já as notas fiscais de nºs. 0124, 203208 e 186641 (fls. 11, 12 e 18), observo que apesar de constar o número de inscrição do estabelecimento autuado, os demais dados dos documentos não correspondem ao do estabelecimento do impugnante, o que prova que as mercadorias consignadas nas mencionadas notas fiscais, não foram adquiridas. Concluo, que deve ser afastada a exigência do imposto relativo à todas notas fiscais acima referidas.*

*Com relação a NF 060225, emitida pela Indústria Andrade Latorre S/A, o autuado alegou que a mesma foi cancelada antes da saída do estabelecimento remetente, o que foi acatado pelos autuantes. Constatou que a cópia da mencionada nota fiscal juntada pelos autuantes à fl. 10, não indica aposição de carimbos em postos fiscais no trajeto do Estado de São Paulo para a Bahia, e a cópia do livro de Registro de Saída de Mercadorias do remetente, cuja cópia foi juntada à fl. 38 deste processo, indica o seu cancelamento. Portanto, acato a alegação defensiva de que não recebeu as mercadorias relativas a aludida nota fiscal, devendo o valor correspondente do ICMS exigido, ser excluído do presente lançamento.*

*Quanto à alegação do autuado de que mesmo admitindo que as mercadorias em relação às notas fiscais restantes (nº 1231, 1232, 36625 e 37057) ingressaram no seu estabelecimento, deveria ter sido considerado o crédito fiscal, não pode ser acatada tendo em vista que o imposto foi exigido a título de presunção de omissão de saídas anteriores (art. 4º, § 4º do RICMS/BA), cujas receitas foram empregadas no pagamento das compras não contabilizadas, e não das mercadorias relacionadas nas notas fiscais não contabilizadas. Portanto, não cabe a compensação de crédito fiscal.*

*Relativamente a alegação de que não cabe ao defensor apresentar provas negativas, referente a mercadorias que não comprou, verifico que nas notas fiscais coletadas nos postos fiscais (fls. 13, 14, 16 e 17), consta como destinatário o estabelecimento autuado, com indicação dos transportadores, sendo que as emitidas pela Cerealista Folha Verde Ltda (fl. 13 e 14), localizada em Rondônia, foram visadas em postos fiscais do percurso das mercadorias. Quanto as notas fiscais emitidas pela J. Macedo Alimentos S/A, se trata de empresa localizada em Salvador. Observo que, tendo sido coletadas notas fiscais pelo CFAMT, no trânsito de mercadorias, nas quais constam dados do contribuinte, com indicação de transportadores, tipo de cobrança (cheque ou banco), e não tendo o autuado trazido ao processo nenhuma prova de que os citados documentos coletados no trânsito de mercadorias sejam falsos, fica caracterizada a infração, não cabendo ao Fisco obter outras provas, e não pode ser acatada a alegação de que não efetuou a compra das mercadorias relacionadas nas citadas notas fiscais. Esta linha de entendimento é prevalente nas decisões do CONSEF.*

*Quanto à alegação de que os autuantes aplicaram alíquota de 17%, sem considerar que parte das mercadorias comercializadas já tiveram o imposto antecipado ou foram tributadas em 7%, observo que a presunção prevista na legislação tributária refere-se a omissão de saída de mercadorias tributáveis e na situação presente o autuado indicou apenas a situação das notas fiscais acostadas às fls. 53 e 54, cujas mercadorias são tributadas pela alíquota de 7%. Portanto, não restou provado que o contribuinte comercializa preponderantemente*

*mercadorias sujeitas a esta alíquota, motivo pelo qual não pode ser acatado o argumento de que deveria ser considerado a omissão de saída pela mencionada alíquota.*

*Dessa forma, tomo como base o demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 9 e 66, faço a exclusão do valor relativo à nota fiscal de nº 41059 e considero devido o valor de R\$1.841,11 relativos às notas fiscais de nºs. 1231, 1232, 36625 e 37057 conforme demonstrativo abaixo:*

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Multa %	Valor em Real
30/06/00	09/07/00	8.480,00	70,00	1.441,60
30/11/00	09/12/00	2.350,00	70,00	399,50
<i>Total</i>				1.841,10

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”.*

Na peça recursal, o contribuinte, através de seu sócio, o Sr. Edvaldo Souza dos Santos, solicita, inicialmente, a decretação da nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a acusação fiscal, para ser válida, necessita ter uma descrição clara e suficiente para permitir o seu perfeito entendimento. Fundamentou seu pedido no art. 18, inc. II e IV, “a”, do RPAF/99.

Ao ingressar nas questões de mérito disse ser improcedente a cobrança do imposto por presunção, devido ao fato de que grande parte das operações de saídas do autuado não se dar pela alíquota de 17%, mas sim, já com fase de tributação encerrada, ou com alíquota inferior a 17%, a exemplo das Notas Fiscais de números 1231 e 1232, emitida pela empresa Cerealista Folha Verde Ltda, e os produtos se referem a feijão carioca, cuja alíquota correspondente é 7%. Afirmou que os autuantes partiram da presunção de que todas as saídas seriam tributáveis pelo ICMS à alíquota de 17% e que isto não corresponde à realidade, ferindo o princípio da verdade material. Solicitou diligência fiscal para se apurar o quanto alegado, requerendo, também, a aplicação, no caso em análise, da proporção de saídas com tributação, se superada a nulidade ou improcedência anteriormente requeridas.

A Procuradoria Estadual exarou Parecer nos autos, observando que a infração imputada ao sujeito passivo foi indicada com clareza e precisão e veio acompanhada de documentos para sustentá-la, tanto que o autuado apresentou defesa rebatendo a acusação, demonstrando ter compreendido perfeitamente os fatos que lhe foram imputados, o que resultou, inclusive, na redução substancial do valor devido. Afirmou, também, ser desnecessária a realização de diligência, posto que todos os documentos a cargo do fisco estão no processo, cabendo, o recorrente, se fosse o caso, produzir as provas para afastar a presunção que milita contra si. No mérito, declarou que as Notas Fiscais que remanesceram indicam com precisão os dados cadastrais do autuado, existindo prova da circulação no Estado da Bahia e referem-se a mercadorias compatíveis com a atividade da empresa. Quanto à alegação da existência de mercadorias tributadas à alíquota de 7% ou com fase de tributação encerrada, argumentou que a mesma não procede, posto que a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, e de omissão de saídas tributadas anteriores. Concluiu, afirmando que a exigência fiscal não se refere às operações das notas fiscais coletadas junto ao CFAMT, mas sim, às operações omitidas anteriormente presumidamente tributadas, por força de disposição legal, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Afasto, inicialmente, o pedido de decretação de nulidade do Auto de Infração em lide, pois o fato imputado ao contribuinte encontra-se devidamente descrito na peça acusatória, que contém a menção de exigência de ICMS em decorrência de “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*”. Em complemento foi dito o seguinte: “*...notas fiscais coletadas através de circularização de informações junto a fornecedores, bem como constantes dos arquivos da Sefaz-Ba – Programa CFAMT e alusivas ao*

*exercício 2000 e não escrituradas nos livros fiscais próprios".* O Auto de Infração foi fundamentado no Anexo I, que contém o demonstrativo das notas fiscais e apuração do imposto e nas cópias dos documentos arrolados, todos juntados ao processo administrativo fiscal. Foram, também, indicados os dispositivos regulamentares infringidos e capitulação legal da multa. Além disso o contribuinte produziu defesa de mérito, o que afasta a alegação de prejuízo para o exercício do direito de defesa.

No mérito, restringe-se o contribuinte/recorrente, a sustentar que as mercadorias que comercializa tem alíquota inferior a 17%, a exemplo do feijão carioca, tributada na Bahia à alíquota de 7%, ou que as mercadorias já se encontravam com a fase de tributação encerrada, em face do instituto da substituição tributária. Quanto a essas alegações, não restou provado, nos autos, ainda que por amostragem, que o contribuinte comercializa preponderantemente com mercadorias sujeitas a esta alíquota, motivo pelo qual não pode ser acatado o argumento de que deveria ser considerado a omissão de saídas pela mencionada alíquota inferior. Da mesma forma, nada veio aos autos que demonstrasse que o autuado tenha promovido saídas de mercadorias com imposto antecipado no período objeto do lançamento de ofício. Ademais, o contribuinte confunde a presunção de omissão de saídas como se fosse omissão de entradas, em relação às mercadorias cujos registros não foram efetuados, pois no caso em exame, não se está a tributar os produtos cujos registros e correspondentes pagamentos não foram contabilizados. Exige-se o ICMS, em face da legislação presumir que se não foram contabilizados os pagamentos das mercadorias que ingressaram no estabelecimento sem o registro fiscal, as aquisições foram também quitadas, juntos aos fornecedores, com outras receitas, decorrentes de vendas de mercadorias sem nota fiscal. Caberia ao contribuinte produzir prova para desconstituir a presunção, o que não ocorreu no caso concreto, razão pela qual, também rejeito o pedido de revisão fiscal do feito.

Todavia, se o contribuinte em qualquer fase posterior do Processo produzir a prova no sentido a demonstrar que comercializou, no período, com mercadorias antecipadas ou com ICMS à alíquota de 7%, poderá requerer o controle da legalidade do lançamento de ofício.

Assim, ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 206911.0006/05-2, lavrado contra ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.841,10, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS