

A. I. Nº - 281078.0001/05-1  
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.  
AUTUANTES - JOSE VICENTE NETO, JOAQUIM MAURICIO DA MOTTA LANDULFO JORGE e CLAUDIA AZEVEDO SILVA  
ORIGEM - IFEP METRO  
INTERNET - 10. 03. 2006

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0043-04/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. MERCADORIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. MERCADORIAS RELACIONADAS NOS ANEXOS 69 E 88. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. c) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Refeitos os cálculos com redução do valor apurado. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEIS DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) VENDA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS SEM O DESTAQUE DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos com redução do valor apurado. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS POR ECF SEM TRIBUTAÇÃO. Infração não contestada. 4. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE VENDAS NÃO DECLARADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração subsistente. 6. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Infração reconhecida. Não acolhida as argüições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/08/2005, no valor total de R\$442.475,45, apura os seguintes fatos:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente as mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor R\$ 1.306,90.
2. Recolhimento a menos do imposto por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Valor R\$ 3.642,60.
3. 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\$ 1.031,74.
4. Deixou de recolher ICMS no valor R\$ 15.254,91 em razão de ter praticado operações tributáveis

como não tributáveis, regularmente escrituradas.

5. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Nas operações de saídas por ECF, utilizava o código da situação da alíquota de i (isento) ou f (substituto). R\$ 31.173,61.

6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas" – Notas Fiscais retidas pelo sistema CFAMT. Valor R\$ 227.023,01.

7. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 69 e 88. R\$ 15.662,26.

8. Recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota. Valor R\$ 130.276,62.

9. Deixou de recolher o ICMS referente a saídas de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor reclamado R\$ 17.083,80.

O autuado impugnou os lançamentos fiscais (fls. 382 a 390), 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.

No mérito, quanto as infrações 1 e 3, afirma que de fato as mercadorias estão sujeitas à antecipação tributária, por isso, além de não dever efetuar o creditamento do imposto destacado, deveria também ser efetuado o recolhimento na qualidade de contribuinte substituto haja vista que quando da saída da referida mercadoria esta não mais estaria sujeita à tributação.

Relativo às infrações 4 e 5, ressalta que os autuantes incorreram em equívocos, haja vista que dentre as mercadorias relacionadas na exigência fiscal consta "papelão" e este produto está sujeito ao diferimento. No que se refere a falta de pagamento em decorrência de aplicação da alíquota inferior a devida, diz o RICMS, no seu artigo 467 "É reduzida de 50% a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite efetuadas por industrial ou atacadista, com destino a estabelecimento varejista ou consumidor final".

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. 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 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 já tomou esta providência, conforme documentos anexos.

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.

Ressalta que o auto é nulo, porque a alíquota de 17% aplicada sobre o valor das omissões de saídas não encontra respaldo legal, como também, em relação as notas fiscais do CFAMT não foram apresentadas provas que as notas fiscais não registradas referem-se à efetiva operação de compra da empresa. Quanto ao mérito diz que a exigência não procede por falta de amparo legal.

Por fim, assevera que o presente Auto de Infração deve ser considerado nulo e, no mérito improcedente.

Os autuantes prestaram informação fiscal às folhas 641 a 643 do PAF, argumentando o seguinte:

Inicialmente ressalta que em momento algum da impugnação da autuada, os demonstrativos, planilhas e relatórios anexos foram questionados quanto a sua veracidade.

Quanto às infrações 1, 2 e 3, diz que a autuada é ré confessa, quanto a alegação de que quando da saída das mercadorias ocorreu tributação do ICMS, sem ao menos juntar qualquer prova que justifique sua afirmativa, não pode prosperar. Ainda que ficasse comprovada a tributação nas operações de saída.

No tocante às infrações 4 e 5, assevera que a autuada se atreve exclusivamente à infração 4 e após verificação da situação cadastral dos adquirentes constatou-se que apenas um dos contribuintes tem habilitação para operar no regime de diferimento, portanto, acatam parcialmente a alegação da autuada e elaboraram novo demonstrativo para esta infração, fls. 651 a 656 dos autos.

Com relação às infrações 6 e 7, acatam a justificativa com relação às notas apresentadas, às quais excluíram do demonstrativo, e anexam um novo demonstrativo às folhas 648 a 650 do PAF.

Em relação às infrações 8 e 9, argumentam que não deve prosperar a alegação do autuado uma vez que faz referência a um artigo já revogado, demonstrando total desconhecimento da legislação atual.

Ao final, ratifica todas as infrações constantes deste PAF, ressalvando os novos demonstrativos de débitos das infrações 4, 6 e 7 e solicita o julgamento Parcialmente Procedente do Auto de Infração.

## VOTO

O presente Auto de Infração é composto de 09 itens, a saber:

O item 1º refere-se à utilização indevida de crédito fiscal, enquanto que os itens 2º, 3º e 7º dizem respeito à falta de recolhimento e o recolhimento a menos de ICMS por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88”.

Os itens 4º e 5º acusam o autuado de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

No item 6º, o sujeito passivo é acusado de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”, apuradas com base em presunção legal, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

O 8º item, trata do recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias, enquanto que o item 9º trata da falta de recolhimento do ICMS referente a saídas de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

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 presuma 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%.

Rejeito a 2ª preliminar de nulidade suscitada, uma vez que o Auto de infração preenche todas as formalidades legais previstas, não havendo, dessa forma, do que se falar em cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, ressalto que o autuado reconheceu as infrações: 01,02,03,04,05,08 e 09, conforme demonstrativo de débito reconhecido para pagamento pela Lei 9650/05, anexo à pág. 659, portanto, não existe lide em relação as mesmas, razão pela qual devem ser mantidas na autuação.

Em relação às infrações 6 e 7, o autuado argumenta que é sabido por todos que comerciantes inescrupulosos utilizam-se da inscrição de empresas idôneas para adquirir mercadorias para sua atividade irregular. Diz que prestou queixa à polícia conforme documento anexo.

Quanto a este argumento defensivo, vale ressaltar que as cópias das notas fiscais, em questão, foram captadas pelo sistema CFAMT, portanto, em trânsito no estado da Bahia, sendo emitidas por empresas regularmente inscritas tendo como destinatário o sujeito passivo, e por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas como prova de circulação das mesmas e do seu respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário.

Vale ressaltar que a queixa apresentada pela empresa à polícia foi prestada em momento posterior à ação fiscal, conforme anexo à pág. 391 à 402 deste processo. Em relação as notas fiscais em que as mercadorias foram devolvidas, os autuantes acataram a justificativa e elaboraram novo demonstrativo de débito, restando um valor de débito reclamado de R\$161.742,35, conforme somatório mês a mês de demonstrativo de débito, anexo às fls. 648 a 650.

Dante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, nos seguintes valores:

INFRAÇÃO	VALOR (R\$)
01	1.306,90
02	3.642,60
03	1.031,74
04	5.231,74
05	31.173,61
06	161.742,35
07	14.838,99
08	130.276,62
09	17.083,80
TOTAL	366.328,35

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281078.0001/05-1, 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\$366.328,35, acrescido das multas de 60% sobre R\$204.586,00 e de 70% sobre R\$161.742,35, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA