

**A. I. N°** - 206911.0006/05-2  
**AUTUADO** - ATACADÃO RECONCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA  
**AUTUANTES** - JALDO VAZ COTRIM, ADAIR ZAMBONI RIBEIRO e JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA  
**ORIGEM** - IFEP - DAT/NORTE  
**INTERNET** - 19/04/06

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0122-03/06

**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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 27/12/05, exige 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 autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 23 a 29), e preliminarmente, ressalta o bom relacionamento que tem com o Fisco estadual, afirmando que a infração de que está sendo acusado é um equívoco, tendo em vista que não solicitou e tão pouco recebeu as mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Em relação às notas fiscais supostamente não registradas, passou a expor o seguinte:

- a) NFs 106711 e 41059, foram devidamente registradas às fls. 67 e 157 do livro de Registro de Entrada de Mercadorias.
- b) NFs 0124 e 203208, 184641, não foram emitidas contra o estabelecimento autuado, e sim para outras empresas que indicou.
- c) NF 060225, emitida pela indústria Andrade Latorre S/A, foi cancelada pelo remetente, antes da saída do estabelecimento, conforme registro no livro de Registro de Saída de Mercadorias, cuja cópia foi juntada à fl. 16 deste PAF.

Alega que, mesmo admitindo que as mercadorias tenham ingressado no estabelecimento do autuado, deveria ter sido considerado o crédito fiscal, por determinação constitucional, o que não foi observado pelos autuantes, além de não terem investigado real situação das operações supostamente ocorridas e que não cabe a ele apresentar provas negativas, ou seja de que não comprou as mercadorias consignadas nas notas fiscais coletadas nos postos fiscais.

Alega que o imposto ora exigido a título de presunção (art. 2º, § 3º, IV do RICMS/BA), é improcedente, haja vista que por desconhecimento da operacionalidade da empresa, os autuantes aplicaram alíquota de 17%, sem considerar que parte das mercadorias comercializadas já tiveram o imposto antecipado ou foram tributadas em 7%, a exemplo das notas fiscais acostadas às fls. 53 e 54, cujas mercadorias são tributadas pela alíquota de 7% nas operações internas, o que implicaria em exigência do imposto com base nas alíquotas das operações praticadas.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo, visto que não está alicerçado nos princípios constitucionais e se não for acatada, seja julgado improcedente. Requer ainda, o direito de provar tudo que foi alegado, inclusive através de diligências que ficam requeridas.

Na informação fiscal às fls. 62 a 65, os autuantes dizem que a tese de nulidade invocada pelo autuado deve ser refutada, haja vista que não há qualquer vício processual que se enquadre nos pressupostos estabelecidos no art. 18 e 55 do RPAF/BA.

Reconhecem a improcedência dos valores exigidos relativos às seguintes notas fiscais:

- a) Nº 106711, em virtude de ter ocorrido erros de identificação nas notas fiscais, como sendo de nº 6992;
- b) Nº 60225, procede o cancelamento da nota fiscal, cujas mercadorias não chegaram a sair do estabelecimento fornecedor;
- c) Nºs. 0124, 203208, 184641, 184641, reconhecem que por um equívoco foram arroladas no demonstrativo de débito, haja vista que estas notas fiscais foram destinadas a outro contribuinte, tendo sido grafado de forma errônea, o número de inscrição estadual do estabelecimento autuado.

Relativamente à nota fiscal de nº 41059, não acatam a alegação defensiva, tendo em vista que foi juntado às fls. 49 a 51, xerox do livro de Registro de Saídas de Mercadorias, que não faz prova de ocorrência da entrada no estabelecimento das mercadorias constantes das notas fiscais.

Referente às notas fiscais de nº 1231 e 1232, emitidas pela Cerealista Folha Verde, alegam que não acatam os argumentos defensivos de que se trata de mercadorias tributadas à alíquota de 7% e que o imposto deveria ser exigido com base nesta alíquota, haja vista que a natureza da infração fiscal é a presunção de omissão de saída de mercadorias omitidas em operações anteriores e não das mercadorias consignadas nas aludidas notas fiscais.

Finalizam dizendo que reconhecem a improcedência de parte da autuação e mantêm a exigência fiscal relativo ao valor de R\$2.273,33.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 68), tendo o mesmo se manifestado às fs. 71 a 76. Reiterou os argumentos defensivos apresentados na impugnação inicial e disse que apesar de os autuantes não terem acatado os argumentos defensivos em relação a nota fiscal de nº 41059, a mesma foi emitida em 03/12/01, enquanto os autuantes indicaram no Auto de Infração a data de ocorrência de 31/12/00, o que não é possível por se tratar de data anterior ao fato gerador.

Juntou às fls. 78 e 80, cópia da aludida nota fiscal e do livro de registro de entrada para tentar provar a regularidade do seu registro.

Conclui, requerendo a nulidade da autuação, por não estar alicerçada nos os princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório, bem como inobservância das formalidades processuais, nos termos do art. 55 do RPAF/BA, e se não acatada que seja decidido pela improcedência da autuação, sob pena do Estado arcar com o ônus da sucumbência na esfera

judicial. Requer ainda, o direito de provar tudo que foi alegado, inclusive diligências fiscais que fica desde já requerida.

## VOTO

Inicialmente afastado 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. Constatado 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 apostado 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. Constatado que a cópia da mencionada nota fiscal juntada pelos autuantes à fl. 10, não indica aposições 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 defendente 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 Vencto	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
Total				1.841,10

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206911.0006/05-2**, lavrado contra **ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.841,10**, corrigido monetariamente, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR