

A. I. Nº - 278868.0012/05-1  
AUTUADO - SUPERMERCADO RONDELLI LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ MARCELO PONTES  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
INTERNET - 07/06/06

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0197-03/06**

**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. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 13/12/05 e exige ICMS no valor de R\$25.003,79 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 contribuinte efetuou aquisição de mercadorias tributáveis, sem proceder ao devido registro no livro fiscal dos documentos que acobertaram as operações. “Pela legislação vigente, implica em presunção de omissão de saídas anteriores”, conforme demonstrativo das notas fiscais cotejadas e respectivas cópias anexadas ao processo.

O autuado apresentou defesa (fl. 50), por meio de advogado legalmente constituído (fl. 51), preliminarmente, diz que tomou ciência da autuação em 15/12/05 e que somente em 06/01/06, foram devolvidos os documentos fiscais que estavam em poder do Fisco Estadual, conforme termo próprio, cuja cópia juntou à fl. 68.

Alega que, por não ter em mãos seus documentos, requer a devolução do prazo legal de trinta dias para elaborar sua defesa.

Em 16/01/06, o autuado apensou ao PAF, nova petição (fl. 58), ratificando os fatos da primeira manifestação e argumentando que nega a prática de qualquer ato descrito na infração apontada e face ter ocorrido a devolução de seus documentos dentro do prazo de defesa, renova o pedido para que seja restituído seu prazo de defesa e requereu também a nulidade do Auto de Infração, por entender que houve manifesto cerceamento de defesa, nos termos do art. 5º da Constituição Federal.

Na informação fiscal às fls. 72 e 73, o autuante comenta os argumentos defensivos e diz que informou ao Sr. Dilton Monteiro Maciel, gerente do estabelecimento autuado, que a documentação do seu estabelecimento encontrava-se à sua disposição na Inspetoria Fazendária, e em duas oportunidades o mesmo não compareceu àquela repartição para retirar a documentação.

Diz que, em nenhum momento impediu que o autuado tivesse acesso a sua documentação, e que a infração objeto da autuação trata de falta de registro de notas fiscais no livro de Registro de Entradas de Mercadorias (REM). Esclarece que o autuado utiliza sistema de processamento de dados para escriturar livros fiscais e que é despropositada a alegação de que não tinha o livro REM, haja vista, que se trata apenas de uma impressão dos dados contidos no sistema.

Afirma que, para evitar futuras alegações procrastinatórias do rito processual, opina que seja concedido novo prazo para o autuado apresentar sua defesa.

Esta JJF converteu o processo em diligência (fl. 76), para que fosse fornecido ao autuado, mediante recibo, os documentos acostados ao processo e da informação fiscal, reabrindo o prazo de defesa.

A Inspetoria Fazendária, intimou o autuado com Aviso de Recebimento (AR), para tomar ciência dos documentos acostados ao processo (fl. 78), tendo o contribuinte se manifestado às fls. 82 e 83, em 07/04/06, requerendo que lhe fossem fornecidas, gratuitamente, as cópias das fls. 75 a 77 do PAF e reabertura do prazo de defesa.

O Inspetor Fazendário, no documento juntado à fl. 89, deferiu o pedido de entrega das fls. 75 a 77 do PAF, expedindo nova intimação ao impugnante, com AR, cuja cópias foram acostadas às fls. 90 e 91, tendo sido indeferido o pedido para a contagem de novo prazo de defesa. Ressaltou que os documentos foram entregues no dia 03/04/06 e que o prazo de defesa começou a contar a partir do dia 04/04/06.

O defensor manifestou-se às fls. 95 a 99 e disse que a falta de registro de notas fiscais coletada em fornecedores ou em Postos Fiscais, constitui um indício de irregularidade, mas que não configura um ilícito tributário, muito menos a título de presunção. Afirma que caracterizaria uma infração, o levantamento físico dos estoques, que poderia comprovar a entrada das mercadorias no estabelecimento. Cita o entendimento dos professores Roque Antonio Carrazza e Hugo Machado, para reforçar o seu posicionamento de que a presunção é uma suposição de um fato desconhecido e que deve ser provado por quem alega.

Alega que com base no princípio da Segurança Jurídica, cabe ao autuante provar a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, questionando que só ocorrerá à presunção de omissão se for provado o não registro da entrada e não se pode presumir uma saída em face de uma entrada não comprovada.

Ressalta que no caso de omissão de entrada, é impossível de ser aplicada no ramo de supermercados, tendo em vista que as vendas são realizadas por meio de máquinas registradoras e qualquer omissão de entrada, redundará em omissão de saídas. Salienta que como o supermercado registra as saídas pelo Emissor de Cupom Fiscal (ECF), caso não registre a entrada, prejudicará o contribuinte, que não aproveitará o crédito fiscal.

Alega que a fiscalização ao exigir o ICMS, presumindo omissão de saída de mercadorias, deixou de conceder o direito ao crédito fiscal em afronta ao princípio da não-cumulatividade do imposto, haja vista que o imposto foi destacado nos documentos fiscais que deram suporte à autuação e foi efetivamente pago pelo contribuinte. Pede que, se restar existente a infração, que seja deduzido do montante do imposto destacado nos documentos fiscais.

Finaliza, requerendo que a autuação seja julgada improcedente.

O autuante, na nova informação fiscal prestada às fls. 101 a 103, inicialmente discorre sobre a infração e alegações defensivas e diz que não acata o argumento de que a falta de registro de notas fiscais não constitui infração tributária, tendo em vista que o art. 2º, § 3º do RICMS/BA, é bastante claro sobre o assunto e que não tendo o autuado apresentado fatos que comprovassem a improcedência da presunção, deve a mesma ser mantida.

No que se refere à premissa de que inexiste possibilidade de ocorrer omissão de saída de mercadorias por quem atua no ramo de supermercados e faz uso de máquina registradora, afirma que embora o Fisco estabeleça estes controles, o exercício da fiscalização tem comprovado a utilização de recursos técnicos e que persiste a prática de sonegação por este ramo de atividade.

Quanto à reivindicação do direito ao crédito do imposto destacado nas notas fiscais não escrituradas, diz que o contribuinte poderá fazer o lançamento extemporâneo dos documentos fiscais e formalizar a Fazenda Pública, “para que tome ciência e autorize os respectivos créditos fiscais decorrentes”.

Por fim, requer a procedência da autuação.

## VOTO

O autuado preliminarmente suscitou a nulidade da autuação, sob argumento de que os documentos fiscais arrecadados pela fiscalização, não foram devolvidos dentro do prazo concedido para apresentar defesa administrativa, o que implicou em cerceamento do seu direito de defesa. O autuante, na primeira informação fiscal, acatou os argumentos defensivos e este órgão julgador, após a devolução ao deficiente de todos os documentos arrecadados, deliberou pela reabertura do prazo de defesa, o que foi feito pela Inspetoria Fazendária. Dessa forma, considero saneada esta questão e rejeito o pedido de nulidade suscitado pelo impugnante.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de registro 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.

Relativamente à alegação defensiva de que a simples coleta de notas fiscais no trânsito de mercadorias ou de fornecedores não constitui infração, verifico que as cópias das notas fiscais acostadas às fls. 8 a 47, foram emitidas na sua maioria por fornecedores instalados neste Estado, a exemplo dos localizados em Vitória da Conquista (fl. 8 a 12, 20 a 23); Eunápolis (13 a 19, 26 e 27). Todas notas fiscais indicam como destinatário o estabelecimento autuado, com indicação de transportadores, tipo de cobrança (cheque ou banco), etc. O autuado, na defesa apresentada não acostou aos autos, qualquer prova de que os citados documentos coletados no trânsito de mercadorias sejam falsos ou que não tenha adquirido as mercadorias que lhe foram destinadas. Portanto, tal alegação defensiva não pode ser acatada, tendo em vista que ficou caracterizada a infração apontada, de que adquiriu mercadorias e não efetuou o devido registro na sua escrita fiscal e contábil, não cabendo ao Fisco obter outras provas. Esta linha de entendimento é prevalente nas decisões do CONSEF.

O art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, estabelece que:

“Artigo 4º:

(...)

*§ 4º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:*

(...)

*IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;”*

A presunção legal é relativa, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício. Saliento que, conforme disposto no art. 143 do RPAF/99, a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Quanto à alegação do autuado de que, mesmo admitindo que as mercadorias ingressaram no seu estabelecimento, deveria ter sido considerado o crédito fiscal, não pode ser acatada, haja vista que o imposto foi exigido a título de presunção de omissão de saídas anteriores (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), cujas receitas foram empregadas no pagamento das compras não registradas, e não das mercadorias relacionadas nas notas fiscais não contabilizadas. Portanto, não cabe a compensação de crédito fiscal nesta fase processual.

No tocante à alegação defensiva de que não pode ser aplicada ao ramo de supermercados a presunção de omissão de entrada, considerando que as vendas são realizadas por meio de máquinas registradoras, observo que, conforme anteriormente apreciado, ficou caracterizado que

o impugnante deixou de registrar na sua contabilidade as notas fiscais objeto da autuação, relativas às aquisições de mercadorias. Por sua vez, não tendo registrado a entrada das mercadorias (débito contábil), presume-se também que não foi registrado o seu pagamento (crédito contábil) e consequentemente não foi registrada as receitas ocorridas anteriormente que foram utilizadas no pagamento das mercadorias adquiridas e não registradas. Não tendo comprovado o registro das notas fiscais e também o registro do pagamento das mercadorias adquiridas, está caracterizada a infração (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), motivo pelo qual não acato esta alegação.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278868.0012/05-1**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor total de **R\$25.003,79**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEA OLIVA - JULGADOR