

A. I. Nº - 207160.0015/03-3  
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS SUPERMINI LTDA.  
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA  
ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ  
INTERNET - 15/12/2006

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0392-03/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR CONTRIBUINTE COM INSCRIÇÃO CANCELADA. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, não havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, caberá ao destinatário recolher o imposto por antecipação. Infração subsistente. 3. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRECIAÇÃO DE LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO. Restou comprovado, apenas, a falta de escrituração do livro Registro de Inventário. Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexiste motivo para adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade da infração. 4. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Manutenção, no passivo, de obrigações inexistentes indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência/perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2004, refere-se à exigência de R\$210.977,23 de ICMS, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, além da multa no valor de R\$1.623,25, por falta de cumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a Notas Fiscais constando como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda, nos exercícios de 2001 e 2002. Valor do débito: R\$103.674,70.

2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, nos exercícios de 2001 e 2002. Valor do débito: R\$4.036,13.
3. Falta de recolhimento do imposto apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco da documentação fiscal e contábil do exercício de 2002. Valor do débito: R\$53.520,36.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2001. Valor do débito: R\$49.746,04
5. Entrada no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no período de maio de 2001 a novembro de 2002, sendo exigida a multa no valor de R\$1.623,25.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 541 a 569), alegando que em relação à primeira infração anexa aos autos quase que a integralidade dos documentos fiscais objeto da autuação, e basta uma simples conferência para se constatar que as notas fiscais são regulares. Disse que não tinha conhecimento quanto às irregularidades atribuídas às empresas fornecedoras, e não há nos autos a prova da publicação no Diário Oficial do Estado, dando conta aos contribuintes em geral, dos fatos apurados. O defendant afirma que não chegaram ao seu conhecimento as informações quanto ao cancelamento ou inexistência de inscrição estadual dos fornecedores, e cita como referência “*a atual orientação do CONSEF ao tratar da matéria no Acórdão JJF nº 1574/00, da 5ª Junta*”. Disse que em se tratando de empresa com inscrição neste Estado, o cancelamento produz efeitos a partir da publicação do edital de cancelamento no Diário Oficial. Cita, também, o Acórdão JJF N° 2076/00, da 1ª JJF, destacando o conteúdo da própria ementa do acórdão e a conclusão do voto. Assim, argumenta que em face da jurisprudência do CONSEF não há como considerar inidôneos os documentos fiscais emitidos pelas empresas fornecedoras de mercadorias. Diz que os créditos fiscais são legítimos, e o Fisco não pode desqualificá-los, haja vista que em seu entendimento, o direito ao crédito do imposto independe da regularidade da situação do emitente da nota fiscal perante o fisco, e ao receber a mercadoria, o contribuinte deve verificar se a documentação fiscal que acompanhou a mercadoria se acha regular e se preenche todos os requisitos formais exigidos na legislação tributária, e não lhe compete investigar se o remetente da mercadoria é devedor do imposto, ou se está em situação irregular perante o Fisco. Assegura que as operações que originaram o crédito fiscal estão regularmente lançadas na contabilidade, e a própria lei estadual garante o direito ao crédito em questão.

Infração 02: Diz que, para espartar qualquer dúvida, requer uma revisão fiscal para apurar se efetivamente, existem as apontadas faltas de recolhimento do imposto por antecipação, argumentando que não ficou claro pelo cotejo dos números apresentados no levantamento fiscal com os lançamentos em sua contabilidade.

Infração 03: Informa que a empresa disponibilizou para a fiscalização todas as notas fiscais de entradas e todos os mapas de Resumo de Caixa do período fiscalizado, e esta documentação ainda está à disposição para qualquer diligência ou revisão fiscal. Diz que deve ter havido algum desencontro ou desinformação, uma vez que, se a fiscalização tivesse acesso a todos os documentos não poderia ter feito arbitramento. O defendant reconhece que houve falha de terceiros, mas não pode concordar com o simples caminho do arbitramento. Apresenta uma série de indagações à fl. 563, afirmando que as suas perguntas deveriam ser respondidas pelo autuante, e pede a realização de uma diligência fiscal pela “GESUP”, que poderá confirmar se em algum momento ficou evidenciada a impossibilidade de desenvolver um roteiro normal de fiscalização. Diz que a apontada falha não pode induzir à conclusão de que houve sonegação, ratifica o pedido de revisão fiscal, e o consequente julgamento pela nulidade deste item do Auto de Infração. Cita julgamentos e a Súmula nº 05 do CONSEF, concluindo o defendant que o arbitramento deve ser repelido pela sua gravidade, e não pode ser adotado com base em “achismo”, sob pena de instaurar a insegurança jurídica.

Infração 04: Alega que houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que os números apresentados no Auto de Infração e os demonstrativos elaborados pela fiscalização não permitem saber, com segurança, como realmente foi feito o levantamento fiscal e quais as divergências existentes em confronto com os valores registrados na escrita contábil. Diz que não constam no Auto de Infração e no Termo de Encerramento de Fiscalização, quaisquer esclarecimentos, e o contribuinte encontra-se duplamente prejudicado: a) porque não tem como verificar se os valores apontados estão corretos; b) porque a impugnação teve que ser feita com base em suposições. Assim, pede a decretação de nulidade da autuação. Apresenta, ainda, o entendimento de que a acusação dessa infração é reflexo da primeira, mas isso não ficou claro, o que torna impossível uma análise e eventual elaboração de uma defesa precisa.

Infração 05: Argumenta que o ponto de partida dessa infração não foi um levantamento quantitativo de estoques, e em que pese a acusação estar acompanhada de um demonstrativo no qual estão discriminados os números das notas fiscais não registradas, não foram entregues as cópias dessas notas fiscais, e a importância da análise dos documentos fiscais se deve ao tipo de mercadoria, para se saber se eram tributáveis, substituídas ou isentas. Diz que, pela análise do levantamento fiscal, conclui que aparentemente a maior parte das mercadorias está enquadrada no regime de substituição tributária, com pagamento antecipado do ICMS, e por isso, não haveria mais imposto a recolher. Diz que a autuação, da forma como foi feita, está insegura e limitativa do direito de defesa, e por isso, este item deve ser muito bem avaliado pelo CONSEF.

O defendant finaliza, requerendo a nulidade do Auto de Infração, e se assim não for entendido, pede a realização de revisão fiscal, para se constatar a improcedência das acusações formuladas pela fiscalização.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 683 a 696 dos autos, após descrever as irregularidades apontadas no Auto de Infração, rebate as alegações defensivas, argumentando que o procedimento fiscal teve início quando foram solicitados os livros e documentos fiscais, sendo constatado que alguns procedimentos adotados pelo contribuinte se constituíam em descumprimento de normas tributárias, conforme indicado à fl. 685 dos autos.

Quanto ao primeiro item do Auto de Infração, o autuante informa que foram constatados créditos indevidos, em decorrência das seguintes situações:

- a) notas fiscais emitidas por contribuintes que se encontravam com suas inscrições canceladas;
- b) notas fiscais com inscrições de supostos emitentes, que não existem no CADICMS-BA e no CNPJ;
- c) notas fiscais, cujos números de AIDF não existem, embora o cancelamento da inscrição dos supostos emitentes tenha ocorrido após a utilização do crédito fiscal.

Informa que além das irregularidades acima descritas, as evidências mostram claramente que houve a tentativa de fraude, sendo necessário um exame mais atento para se constatar as provas do ilícito, conforme relacionou à fl. 687:

1. Notas fiscais emitidas com a mesma caligrafia, constante nos documentos fiscais dos vários supostos emitentes;
2. Notas Fiscais emitidas por suposta empresa cuja inscrição estadual não existe no Estado da Bahia, a exemplo da empresa BERGER COM. ALIM. LTDA.
3. Notas Fiscais que apesar de a inscrição estadual da empresa encontrar-se ativa na época da utilização do crédito fiscal, o número da AIDF constante no rodapé do documento fiscal não existe;
4. Empresas com inscrições já canceladas por ocasião da utilização dos créditos fiscais;
5. A empresa FRUGOSMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., foi baixada em 25/04/00 e as Notas Fiscais de números 539 e 541 foram emitidas em 22/01/2001;
6. A empresa M C MERCANTIL ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA. era microempresa, sendo vedado o destaque do ICMS nos documentos fiscais; as notas fiscais constavam destaque do tributo e o autuado utilizou o referido crédito.

O autuante ressalta que na maioria das notas fiscais emitidas em situação irregular constam mercadorias que a empresa utiliza como material de embalagem, possibilitando a utilização do crédito fiscal, e não há controle contábil nos estoques.

Em relação ao argumento defensivo de que falta o edital de cancelamento, o autuante entende que tal requisito é totalmente desnecessário, na medida em que, constam no PAF documentos gerados pelo Sistema de Informações Cadastrais (INC). Salienta que o cancelamento de qualquer inscrição no INC é precedido de publicação do ato no Diário Oficial, por isso, o documento gerado a partir do mencionado sistema traz essa informação, inclusive as datas e os editais de cancelamento. Quanto ao aspecto legal, cita dispositivos da legislação pertinente e diz que não deve ser acatada a alegação do autuado de que não está obrigado a conhecer a situação cadastral de empresas com as quais mantenha relações comerciais, tendo em vista que a legislação veda a utilização de crédito fiscal com base em documentos fiscais inidôneos, e todas as notas fiscais consideradas irregulares no levantamento fiscal encontram-se de alguma forma nas hipóteses de inidoneidade.

Infração 02: Informa que as notas fiscais objeto da autuação encontram-se no presente processo (fls. 370 a 486), e estão relacionadas nos anexos 3 e 3.1 do Auto de Infração (fls. 28 a 34).

Infração 03: Diz que, conforme declaração de fls. 488 e 489, o autuado não escriturou no exercício de 2002, os livros contábeis Razão e Diário, e também, o livro fiscal Registro de Inventário. Salienta que a assertiva do autuado de que forneceu à fiscalização os documentos do caixa, é parcialmente verdadeira, uma vez que somente foram apresentados os documentos relativos a uma parte do exercício de 2001, conforme Termo de Arrecadação acostado aos autos. Afirma que fica impossível fazer um levantamento quantitativo, por exemplo, que dentre outros levantamentos é o mais utilizado pelo Fisco. Destacou outros aspectos que devem ser levados em consideração, inclusive o contábil e o entendimento tributário sobre o arbitramento, afirmando que o instituto do arbitramento da base de cálculo fora aplicado de acordo com a legislação vigente, e elaborado com base nos valores registrados no Livro fiscal de Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrado nos ANEXOS 5, 5.1, 5.2, 5.3 do Auto de Infração.

Infração 04: Esclarece que esta infração é decorrente da constatação de inidoneidade dos documentos fiscais apontados na primeira infração, tendo em vista que verificou que tais documentos fiscais compunham os saldos da conta Fornecedores no exercício de 2001.

Infração 05: Informa que esta infração é referente às notas fiscais capturadas do CFAMT, conforme demonstrativo às fls. 53 e 54, cujas cópias foram acostadas aos autos, fls. 494 a 537.

O autuante conclui, ratificando toda a acusação fiscal, afirmando que o contribuinte não apresentou qualquer elemento de prova que pudesse elidir a ação fiscal, e por isso, pede a procedência do Auto de Infração em lide.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o sujeito passivo apresentou nova manifestação (fls. 714 a 720), argumentando que o autuante utilizou termos e expressões descorteses e injuriosas, pedindo a este órgão julgador que mande riscá-las dos autos, especialmente as afirmações constantes da fl. 694, que transcreveu.

Quanto à primeira infração, alega que na impugnação inicial já anexou aos autos boa parte dos documentos fiscais indicados no levantamento fiscal, e fazendo o necessário confronto, se pode constatar que as citadas notas fiscais são regulares. Repete os argumentos apresentados na impugnação inicial quanto à falta de edital de cancelamento, e contesta o argumento do autuante de que a falta do citado documento é desnecessário. Diz que o CONSEF já enfrentou situações idênticas, a exemplo do Acórdão nº 1574/00, da 5ª JJF, bem como o Acórdão 2.076/00, da 1ª JJF. Conclui que os créditos fiscais são legítimos, não podendo o Fisco desqualificá-los, sob pena de violar o princípio constitucional da não cumulatividade.

Infração 02: Renova o pedido para realização de revisão fiscal, por estranho ao feito, para apurar se existem as alegadas faltas de antecipações, e de acordo com os lançamentos contábeis, se há realmente imposto a recolher.

Infração 03: Diz que renova as indagações apresentadas na impugnação inicial, e que as perguntas não foram respondidas pelo autuante. Pede revisão fiscal a ser realizada pela “GESUP”, e que a autoridade revisora informe se em algum momento ficou evidenciada a impossibilidade de desenvolver procedimento normal de fiscalização.

Infração 04: Argumenta que “a suspeita da autuada se confirma com a informação fiscal”, ou seja, que esta infração é reflexo da infração 01. Assim, alega que se for improcedente a primeira infração, irremediavelmente improcede a infração 04.

Infração 05: Diz que houve apenas uma consulta ao CFAMT, com a identificação de notas fiscais que não foram registradas nos livros fiscais, mas o autuante reconhece na informação fiscal de que a fiscalização se pautou apenas no CFAMT, e não foi realizado um levantamento quantitativo de estoques. Apresenta o entendimento de que a presunção estabelecida na legislação é aquela apurada mediante levantamento quantitativo. Finaliza pedindo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante (fls. 723/724), afirmando que as infrações apontadas estão comprovadas no presente processo, bastando uma simples verificação nos documentos que foram acostados aos autos.

Quanto à falta de editais de cancelamento das inscrições dos fornecedores (infração 01), diz que tal documento é dispensável, considerando que o cadastro desta SEFAZ apresenta a situação de “cancelado” para as empresas que se encontram nessa situação. Conclui informando que mantém a autuação fiscal em sua integralidade.

Considerando as alegações defensivas, não catadas pelo autuante, quando prestou informação fiscal, esta JJJ converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 730) para o autuante:

1. Em relação à primeira infração, considerando a alegação do autuado de que não há nos autos a prova da publicação no Diário Oficial do Estado, dando conta aos contribuintes em geral, dos fatos apurados, o autuante deve anexar ao PAF, cópia do Diário Oficial do Estado referente ao cancelamento das inscrições estaduais dos fornecedores cujos créditos fiscais foram considerados indevidos.
2. Quanto à falta de recolhimento do ICMS por antecipação (infração 02), intimar o autuado a apresentar os comprovantes de pagamento do imposto exigido, conforme alegado nas razões de defesa.
3. Referente à infração 03, considerando a alegação do defendente de que a documentação está à disposição do fisco para qualquer diligência ou revisão fiscal, e que deve ter havido algum desencontro ou desinformação, intimar o autuado a apresentar toda a documentação disponível e informar se é suficiente para a realização de fiscalização pelos roteiros normais, com o objetivo de apurar o imposto devido.
4. Relativamente à infração 05, fornecer ao autuado, mediante recibo, cópias de todas as notas fiscais que serviram de base para o cálculo da multa exigida.

Em atendimento, o autuante informa à fl. 734, que:

- Em relação à primeira infração, embora entenda que o cancelamento é um ato administrativo da SEFAZ, diz que o presente processo deve ser encaminhado ao setor competente para anexar os respectivos editais.
- Referente à infração 03, diz que o arbitramento foi realizado porque o autuado protocolizou ofício na repartição fazendária sob o nº 054979/2004-0, informando a falta de escrituração dos livros Registro de Inventário, Diário e Razão, além do Balanço Patrimonial, cujas cópias encontram-se às fls. 488/489 do PAF. Entende que, para se fazer uma nova fiscalização, o PAF deve ser encaminhado ao órgão responsável pelas programações fiscais para que sejam efetuados roteiros cujas execuções sejam possíveis.
- Quanto ao item 05 da diligência, disse que as cópias dos documentos foram entregues ao autuado, conforme comprovam as cópias que o defendente anexou às fls. 599 e 680.

Considerando que em relação à primeira infração, o autuado alega que jamais tomou conhecimento do cancelamento da inscrição estadual dos remetentes das mercadorias, e que não há nos autos a prova da publicação, dando conta aos contribuintes em geral, dos fatos apurados, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à INFRAZ de origem (fl. 739) para anexar ao PAF, cópia do Diário Oficial do Estado referente ao cancelamento das inscrições estaduais dos seguintes fornecedores, cujos créditos fiscais foram considerados indevidos: DANTAS DISTRIB DE ALIMENTOS – INC à fl. 261; M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS – INC à fl. 274; HORTFRUT HOUSE DISTRIB ALIMENTOS – INC à fl. 291; VERDE BRASIL COM. REPRESENTAÇÕES – INC à fl. 314; BASS DISTRIB DE ALIMENTOS LTDA – INC à fl. 251; VOGA ATACADISTA DE GEN ALIMENT LTDA – INC à fl. 326.

Em atendimento, foram acostadas aos autos as cópias de editais de cancelamento relativos às seguintes empresas: M & S COMERCIAL DE ALIMENTOS – IE 47.523.018 à fl. 743; HORTFRUT HOUSE DISTRIB ALIMENTOS – IE 43.431.401 à fl. 744; VERDE BRASIL COM. REPRESENTAÇÕES – IE 49.660.672 à fl. 745; BASS DISTRIB DE ALIMENTOS LTDA – IE 53.514.840 à fl. 746; VOGA ATACADISTA DE GEN ALIMENT LTDA – IE 53880.565 à fl. 750; DANTAS DISTRIB DE ALIMENTOS – IE 52.813.902 à fl. 753.

Intimado a tomar conhecimento dos novos documentos acostados aos autos, o defendente se manifestou às fls. 766 a 772, aduzindo que não ficou esclarecido se ao tempo das aquisições das mercadorias as empresas fornecedoras permaneciam com suas inscrições canceladas. Entende que é possível a posterior revalidação da inscrição estadual das empresas que tiveram suas inscrições canceladas. Cita um voto discordante do julgador José Bizerra Lima Irmão, e salienta que o pensamento do mencionado julgador se coaduna com o pensamento da empresa autuada, no sentido de que, se algumas irregularidades incorreram as empresas fornecedoras, arroladas nos demonstrativos do autuante, tais fatos não são suficientes para vedar o direito de crédito do ICMS, porque as operações foram realizadas com esses fornecedores como negociantes normais, sem qualquer vício identificável à primeira vista. Portanto, cita o Acórdão JJF Nº 276/00, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, reproduzindo a respectiva ementa e parte do voto às fls. 768/771. Diz que não há como considerar inidôneos os documentos fiscais objeto da autuação, ainda que as empresas fornecedoras tivessem suas inscrições canceladas ou mesmo inexistentes, e por isso, entende que os créditos fiscais constantes nos documentos fiscais são legítimos, não podendo o Fisco desqualificá-los, sob pena de violar o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS estabelecido na Constituição Federal. Pede a nulidade ou improcedência desta infração.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 775, esclarecendo que alguns aspectos estão sendo reiterados e deverão ser levados em consideração:

- a) muitas notas fiscais emitidas com caligrafias idênticas;
- b) foram atendidas as diligências solicitadas;
- c) diversas notas fiscais constando no rodapé o número de AIDF inexistente;
- d) notas fiscais de contribuintes inexistentes, conforme anexo 06. Salienta que os créditos relativos aos documentos fiscais mencionados foram lançados nos livros Registro de Entradas de Mercadorias com valores bastante elevados. Transcreve o art. 15, inciso IV, do RICMS-BA, e diz que todos os aspectos abordados foram indicados na informação fiscal inicial. Finaliza, pedindo que seja convidado para prestar os esclarecimentos que forem necessários ao julgamento do presente Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração, exceto em relação à infração 03.

Quanto ao argumento defensivo de que há necessidade da realização de revisão e diligência fiscal, com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal realizado com base nos documentos fiscais do autuado cujas cópias foram fornecidas ao defendant, mediante recibo, as dúvidas suscitadas foram devidamente esclarecidas, e não ficou caracterizada a necessidade de correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Por isso, indefiro o pedido de diligência e revisão fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, a primeira infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a notas fiscais constando como emitentes contribuintes não cadastrados no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda, nos exercícios de 2001 e 2002.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado entende que os créditos fiscais são legítimos porque as notas fiscais são regulares. Disse que não tinha conhecimento quanto às irregularidades atribuídas às empresas fornecedoras, e não há nos autos a prova da publicação no Diário Oficial do Estado, dando conta aos contribuintes em geral, dos fatos apurados.

Quanto a essa alegação, por determinação deste órgão julgador, foram acostadas aos autos as cópias dos editais de cancelamento publicados no Diário Oficial do Estado, sendo fornecidas ao defendant, fotocópias dos mencionados editais.

O autuante informa que foram constatados créditos indevidos, em decorrência das seguintes situações:

- a) notas fiscais emitidas por contribuintes que se encontravam com suas inscrições canceladas;
- b) notas fiscais com inscrições de supostos emitentes, que não existem no CADICMS-BA e no CNPJ;
- c) notas fiscais, cujos números de AIDF não existem, embora o cancelamento da inscrição dos supostos emitentes tenha ocorrido após a utilização do crédito fiscal.

Foram acostadas aos autos as notas fiscais (fls. 236 a 368) relativas a diversas empresas e a correspondente comprovação das irregularidades constatadas em suas inscrições estaduais:

- Berger Com. Aliment. Ltda – inscrição inexistente, fl. 247;
- Bass Distribuidora de Alimentos Ltda – inscrição cancelada, fl. 251;
- Dantas Distribuidora de Alimentos e Descartáveis Ltda. – inscrição cancelada, fl. 261;
- Frugosmar Comercial de Alimentos Ltda – inscrição baixada, fl. 269;
- M & S Comercial de Alimentos Ltda. – inscrição cancelada, fl. 274;
- Hortfrut House Distribuidora de Alimentos Ltda – inscrição cancelada, fl. 291;
- MC Mercantil Atacadista de Alimentos Ltda. – inscrição cancelada, fl. 304;
- Verde Brasil Comércio e Representações – inscrição cancelada, fl. 314;
- Voga Atacadista de Gêneros Alimentícios e Bebidas Ltda. – inscrição cancelada, fl. 326;
- FIK Comercial de alimentos Ltda. – AIDF inexistente, fl. 701

Vale ressaltar, que de acordo com o art. 209, inciso IV, do RICMS/97, será considerado inidôneo o documento fiscal que for emitido por contribuinte que não estiver mais exercendo atividade, e também, no período em que se encontrar com sua inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada. Dessa forma, os adquirentes devem exigir dos seus fornecedores a comprovação de que se encontram em situação regular perante o Fisco.

Em sua informação fiscal, o autuante esclarece que, além das irregularidades acima descritas, as evidências mostram claramente que houve a tentativa de fraude, conforme relacionou à fl. 687:

1. Notas fiscais emitidas com a mesma caligrafia, constante nos documentos fiscais dos vários supostos emitentes;
2. Notas Fiscais emitidas por suposta empresa cuja inscrição estadual não existe no Estado da Bahia, a exemplo da empresa BERGER COM. ALIM. LTDA.

3. Notas Fiscais que apesar da inscrição estadual da empresa encontrar-se ativa na época da utilização do crédito fiscal, o número da AIDF constante no rodapé do documento fiscal não existe;
4. Empresas com inscrições já canceladas por ocasião da utilização dos créditos fiscais;
5. A empresa FRUGOSMAR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., foi baixada em 25/04/00 e as Notas Fiscais de números 539 e 541 foram emitidas em 22/01/2001;
6. A empresa M C MERCANTIL ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA. era microempresa, sendo vedado o destaque do ICMS nos documentos fiscais; as notas fiscais constavam destaque do tributo e o autuado utilizou o referido crédito.

O defendant alega que, se algumas irregularidades incorreram as empresas fornecedoras, tais fatos não são suficientes para vedar o direito de crédito do ICMS, porque as operações foram realizadas com esses fornecedores como negociantes normais, sem qualquer vício identificável à primeira vista. Entretanto, a legislação estabelece que, em relação a documento fiscal falso ou inidôneo, conforme previsto no art. 209 e seu parágrafo único, admite-se, a utilização do crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, e no caso em exame não houve essa comprovação. Dessa forma não se aplicam as decisões citadas pelo autuado nas razões de defesa.

Referente aos documentos fiscais com inscrições que não constam no Cadastro de ICMS, bem como as notas fiscais com AIDF que não existem, não foi apresentado pelo defendant qualquer elemento contrário aos fatos, e se os documentos são inidôneos, os respectivos créditos também não devem ser considerados. Concluo pela procedência deste item do Auto de Infração.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados e relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA.

O contribuinte não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, haja vista que alegou somente que pedido para realização de revisão fiscal, por estranho ao feito, para apurar se existem as alegadas faltas de antecipações, e de acordo com os lançamentos contábeis, se há realmente imposto a recolher.

Não é acatado o pedido de revisão formulado pelo defendant, haja vista que a revisão se destina a apurar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal do contribuinte e a documentos que devem estar na sua posse, cuja prova ou sua cópia deveria ter sido juntada aos autos. Ademais, na solicitação de realização de diligência deveria o autuado fundamentar a sua necessidade, consoante o art. 145, do RPAF/99.

A exigência de recolhimento do imposto por antecipação está amparada no levantamento fiscal às fls. 28 a 34 dos autos. Assim, voto pela subsistência do lançamento neste item da autuação fiscal.

Infração 03: Exige ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, no exercício de 2003.

O autuado alega que disponibilizou para a fiscalização todas as notas fiscais de entradas e todos os mapas de Resumo de Caixa do período fiscalizado, e esta documentação ainda está à disposição para qualquer diligência ou revisão fiscal. Diz que deve ter havido algum desencontro ou desinformação, uma vez que, se a fiscalização tivesse acesso a todos os documentos não poderia ter feito arbitramento.

Considerando as alegações defensivas, o PAF foi convertido em diligência para o autuante intimar o sujeito passivo a apresentar os documentos fiscais e contábeis relativos ao exercício fiscalizado, e o autuante indicar nos autos os documentos que não foram entregues e informar se os elementos fornecidos apresentam condições para a realização de fiscalização pelos roteiros normais. Entretanto, o autuante não intimou o contribuinte, informando apenas que o autuado comunicou à repartição fazendária a falta de escrituração dos livros Registro de Inventário,

Diário e Razão, e opina para que sejam realizadas programações fiscais para executar os roteiros possíveis.

Observo que é obrigação do contribuinte comprovar o montante das operações realizadas para efeito de verificação do pagamento do imposto, e se o mesmo deixar de comprovar, ou se intimado a fazer tal comprovação se recusar a fazê-la, ou não puder efetuá-la, bem como, se a comprovação foi considerada insuficiente ou inidônea é que poderá ser adotado o arbitramento da base de cálculo (RICMS/97, art. 146, inciso II e § 1º). Entretanto, não consta nos autos que o contribuinte tenha sido intimado a comprovar o montante das operações realizadas conforme previsto na legislação.

A falta de escrituração do livro Registro de Inventário impossibilita a aplicação do roteiro de levantamento quantitativo de estoques, mas não impede a aplicação de outros roteiros de fiscalização, a exemplo de Auditoria da Substituição Tributária, Auditoria do Crédito indevido, conta corrente fiscal, fiscalização de ECF e Auditoria da Conta Caixa.

O autuante indicou a possibilidade de apurar o imposto devido por outros roteiros de fiscalização e sugeriu que o setor competente faça a programação fiscal visando aplicar os roteiros possíveis. Portanto, não há, no presente processo, elementos suficientes para justificar a realização do arbitramento.

Ressalto que, de acordo com a SÚMULA CONSEF Nº 05, se não for comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através de aplicação de roteiros normais de fiscalização, não existe motivo para adoção do arbitramento, implicando nulidade do lançamento. Portanto, esta infração é nula.

Infração 04: refere-se à exigência de ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2001.

O autuado alega que os números apresentados no Auto de Infração e os demonstrativos elaborados pela fiscalização não lhe permitiram saber, com segurança, como realmente foi feito o levantamento fiscal e quais as divergências existentes em confronto com os valores registrados na escrita contábil. Diz que não constam no Auto de Infração e no Termo de Encerramento de Fiscalização quaisquer esclarecimentos, e por isso, encontra-se prejudicado, porque não tem como verificar se os valores apontados estão corretos; porque a impugnação teve que ser feita com base em suposições.

Observo que foram elaborados pelo autuante os demonstrativos que embasaram a autuação cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo à fl. 10, e não foi apresentada pelo defensor qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

O levantamento fiscal foi efetuado com base nas notas fiscais de aquisição de mercadorias consideradas irregulares, e que constavam no saldo do Balanço, na conta fornecedores, conforme demonstrativos às fls. 39 a 52.

Em sua informação fiscal, o autuante esclarece que esta infração é decorrente da constatação de inidoneidade dos documentos fiscais apontados na primeira infração, tendo em vista que verificou que tais documentos fiscais componham os saldos da conta Fornecedores no exercício de 2001.

Considerando a previsão legal que se refere à manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes (§ 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96) e que no presente processo não foram comprovados os pagamentos dos títulos, entendo que a acusação fiscal está devidamente caracterizada a manutenção no passivo de obrigações inexistente, e por isso, é subsistente a exigência do imposto, de acordo com o demonstrativo às fls. 39 a 41 dos autos, haja vista que a manutenção, no passivo, de obrigações inexistentes indica que o sujeito passivo efetuou esses pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos.

Infração 05: trata da exigência da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias que entraram no estabelecimento do autuado sem o devido registro na escrita fiscal, no período de maio de 2001 a novembro de 2002.

O autuado alegou que houve apenas uma consulta ao CFAMT, com a identificação de notas fiscais que não foram registradas nos livros fiscais, e que não foi realizado um levantamento quantitativo de estoques.

Entretanto, não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que a exigência fiscal neste item do Auto de Infração não se refere a cobrança de imposto, e sim, multa por descumprimento da obrigação acessória de não registrar os documentos fiscais nos livros fiscais próprios.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade punível com multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação, conforme art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96. Portanto, é subsistente a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	103.674,70	-
02	PROCEDENTE	4.036,13	-
03	NULO	-	
04	PROCEDENTE	49.746,04	-
05	PROCEDENTE	-	1.623,25
<b>TOTAL</b>	-	<b>157.456,87</b>	<b>1.623,25</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0015/03-3, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS SUPERMINI LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$157.456,87**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.036,13, 70% sobre R\$49.746,04, e 100% sobre R\$103.674,70 previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “a”; III e IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além da multa no valor de **R\$1.623,25**, prevista no art. 42, inciso IX, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 04 de dezembro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR