

**PROCESSO** - A. I. Nº 293873.0703/05-9  
**RECORRENTE** - BOCAIUVA ALIMENTOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0204-04/06  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 24/07/2007

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0230-11/07

**EMENTA:** ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes indica, por presunção legal, que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não registradas, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente. Aplicada a alíquota especial às operações com produtos da cesta básica, comercializados pelo recorrente no período fiscalizado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 4ª JJF – Acórdão JJF nº 0204-04/06, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 194.144,54, em razão de:

- 1- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 12.352,17, relativo a parte excedente nas operações interestaduais em que o imposto foi recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação;
- 2- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 252,21, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais;
- 3- Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$ 199,50, em desacordo com a legislação deste imposto, sem a devida discriminação no Livro Registro de Apuração do ICMS;
- 4- Transferência a maior no valor do saldo credor do período anterior no mês de outubro/04, no valor de R\$ 278,88, e
- 5- Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, com imposto devido no valor de R\$ 181.061,78.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 186.972,62, após ressaltar que o autuado reconheceu as infrações 1, 2, 3 e 4, remanescendo a lide apenas em relação à quinta infração, cuja defesa formulada assiste razão parcial ao defendente, em relação às notas fiscais da Pampasul Alimentos, no valor de R\$ 31.920,00, e Santa Clara Comércio de Cereais, no valor de R\$ 10.167,77, uma vez que foram pagas no exercício seguinte, conforme acatou o próprio autuante. Os demais valores não foram comprovados pelo contribuinte.

Salienta os julgadores que o autuado foi intimado para tomar ciência da informação fiscal, entretanto, somente questiona a alíquota aplicada de 17%, sem, contudo, comprovar sua alegação de que todas as suas vendas foram realizadas com alíquota de 7% sobre a operação. Invoca o art. 123 do RPAF/99.

Às fls. 214 a 218 do PAF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, onde pede a reforma do Acórdão, pois não refletiu o melhor entendimento, visto que na defesa, além da comprovação da inexistência de parte do passivo fictício, o defendente insurgiu-se contra a aplicação da alíquota de 17%, tendo em vista que apenas comercializa mercadorias da cesta básica (arroz e feijão), sujeitas à alíquota de 7%. Entende ser inviável a juntada ao PAF de volume de documentos fiscais que comprovasse sua alegação. Aduz que tal aferição seria feita pelo autuante ou outro preposto, em diligência no seu estabelecimento.

Contudo, para dirimir qualquer dúvida e comprovar sua alegação, colaciona às fls. 219 a 266 dos autos cópias de todas as notas fiscais atinentes às operações, onde poderá ser comprovado que apenas comercializa mercadorias sujeitas à alíquota de 7%, contidas no art. 51, I, “a”, do RICMS/BA.

Por fim, entende ter demonstrado o equívoco do Auto de Infração ao utilizar a alíquota interna genérica (17%), visto que se trata de mercadorias sujeitas à alíquota de 7%, conforme disposição legal citada.

A PGE/PROFIS, à fl. 269 dos autos, considerando que a Decisão da Primeira Instância fundamentou suas conclusões no fato de que o contribuinte não trouxe aos autos prova documental que demonstrasse que a alíquota aplicada pelo autuante estava incorreta, e diante da existência de novos documentos que, se confirmados que se referem ao objeto da ação fiscal, são capazes de alterar os valores apurados, acredita que seria pertinente a realização de diligência a fim de que o auditor fiscal estranho ao feito, lotado na ASTEC do CONSEF, verificasse se as mercadorias, constantes das notas anexadas ao Recurso Voluntário, concernem exatamente ao objeto da autuação, bem como se estão submetidas à alíquota reduzida.

Submetido à Pauta Suplementar do dia 05/10/2006, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela desnecessidade da realização da diligência sugerida, por entender que o PAF se encontra devidamente instruído para o deslinde da questão, pois todos os documentos fiscais acostados aos autos reportam-se a produtos sujeitos a cesta básica, com a alíquota de 7%, fato este corroborado através da escrita fiscal do contribuinte, às fls. 56 a 156 e 219 a 266 dos autos, o que vem confirmar a alegação do recorrente de que *“apenas comercializa mercadorias da cesta básica (arroz e feijão), sujeitas à alíquota de 7%”*.

À fl. 278 dos autos, o contribuinte apresenta manifestação a qual informa que reconheceu parcialmente a autuação, promovendo o pagamento do débito pertinente à aplicação da correta alíquota de 7% sobre a base de cálculo apurada, requerendo a homologação do pagamento e o prosseguimento do feito com o julgamento improcedente do saldo residual da quinta infração, conforme DAE à fl. 279 do PAF.

Às fls. 281 e 282 dos autos, a PGE/PROFIS, para o fim de lograr segurança quanto à comprovação dos argumentos deduzidos pelo contribuinte acerca da alíquota aplicável, envia o PAF à sua Assessoria Técnica para que elabore o pronunciamento técnico, observando se os documentos anexados aos autos se referem unicamente ao objeto da autuação e que, sobretudo, são capazes de confirmar se estão na sua integralidade submetidos à alíquota de 7%.

Parecer PGE/PROFIS/ASTEC nº 72/06, conclui que as operações praticadas pela empresa, no que se refere tanto às entradas como às saídas de mercadorias, são preponderantemente (mas não exclusivamente) sujeitas à alíquota de 7%. Entretanto, ressalta que houve saídas internas sob alíquota superior à de 7% o que se pode concluir a partir da análise de dados constantes à fl. 107, 59, 142, 146, 149 e 150.

Por fim, aduz que, caso pudesse o Fisco estadual ter o real conhecimento das operações de saídas omitidas pelo contribuinte, não precisaria ter exigido o ICMS por presunção legal. Neste caso, a apuração do ICMS, certamente seria feita com base nos efetivos valores (e alíquotas) envolvidos nas operações.

Em novo Parecer, às fls. 288 a 290 dos autos, a PGE/PROFIS, através de sua representante, Dr<sup>a</sup>. Ana

Carolina Moreira, opina pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, com espeque na documentação acostada aos autos, mormente a relativa ao Registro de Apuração do ICMS, do que conclui não ser cabível a condenação pela alíquota de 17%, razão pela qual entende necessária a reforma da Decisão atacada, corrigindo a falha cometida, tendo em vista que, nos termos do art. 16, I, “a”, da Lei nº. 7.014/96, a alíquota correta a ser aplicada a presente operação é de 7%, por entender que restou comprovado que o contribuinte apenas comercializa mercadorias da cesta básica (arroz e feijão), devendo, para se apurar o imposto, ser aplicada a alíquota correspondente.

Em despacho da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, a quem é cometida a função de revisar os Pareceres destinados à instância administrativa de julgamento, para fins de homologação ou não da aludida manifestação, discorda do aludido Parecer, sob o entendimento de que, no caso em apreço, se trata de uma presunção legal relativa ou *júris tantum*, sendo necessário para elisão da construção normativa uma contraprova do fato propulsor da presunção, “*in casu*” a manutenção no passivo de obrigação já pagas ou inexistentes, cuja lógica jurídica é de que ocorrera, em momento antecedente à imputação legal, receita oriunda de operações não registradas, cuja omissão de saídas deve ser apreendida de forma geral, não se podendo falar em cotejo com operações individualizadas e devidamente registradas, pois ninguém poderá afirmar que a operação geradora da omissão presumida adveio de uma circulação de mercadorias sujeitas às bases de mensuração (alíquota e base de cálculo) dos produtos da cesta básica, pois se tratam de operações desconhecidas e não identificadas.

Sustenta que a elisão da presunção, de maneira parcial como foi propalada, só poderia ser realizada com a prova da existência da obrigação encartada no passivo. Assim, nos termos do art. 119, § 1º, do COTEB, discorda do citado Parecer e opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata a quinta infração, objeto deste Recurso Voluntário, de exigência de ICMS, no valor de R\$ 181.061,78, decorrente da constatação da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, ocorrida no exercício de 2004, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes.

Esta infração está prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, no qual autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que a escrituração do estabelecimento indicar, dentre outras coisas, a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, a menos que o contribuinte prove ser improcedente a presunção, o que ocorreu de forma parcial pelo defendente, em relação às notas fiscais da Pampasul Alimentos, no valor de R\$ 31.920,00, e Santa Clara Comércio de Cereais, no valor de R\$ 10.167,77, uma vez que foram pagas no exercício seguinte.

A interpretação literal desta norma tributária ensejou o entendimento do CONSEF, até então, de que a presunção prevista no citado dispositivo legal é de que as mercadorias são tributáveis, sujeitas à alíquota do ICMS de 17%, aplicadas para as operações internas.

Contudo, verificada qualquer hipótese de presunção legal de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, venha o contribuinte a comprovar que comercializava exclusivamente com mercadorias sujeitas à cesta básica, com carga tributária de 7% e, portanto, inferior da resultante da alíquota de 17%, deve-se acatar tal expediente como uma prova da improcedência relativa da presunção, mesmo que parcial, conforme previsto na própria norma legal.

Portanto, diante de tal interpretação e comprovado que o contribuinte só comercializava com produtos da cesta básica, sujeitos à alíquota de 7%, conforme previsto no art. 16, I, “a” da Lei nº 7.014/96, estou convencido de que cabe razão ao recorrente no seu pleito, de forma que seja aplicada a mesma carga tributária na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes,

cuja receita omissa derivou-se da movimentação das mercadorias comercializadas pelo contribuinte, conforme foi apurada através da sua escrita fisco-contábil, não devendo ser relegada por se tratar de uma presunção, visto que, no caso concreto, o sujeito passivo comercializa exclusivamente com produtos da cesta básica.

Devo ressaltar que o signatário do Parecer PGE/PROFIS/ASTEC nº. 72/06, à fl. 286 dos autos, aduz que:

*Afinal, pudesse o Fisco Estadual ter o real conhecimento das operações de saídas omitidas pelo contribuinte e não precisaria ele ter exigido o ICMS por presunção legal. Neste caso, a apuração do imposto certamente seria feita com base nos efetivos valores (e alíquotas) envolvidos nas operações.”*

Da análise dos documentos fiscais acostados aos autos verifica-se que os mesmos reportam-se a produtos sujeitos à cesta básica, com alíquota de 7%, fato este corroborado através da escrita fiscal do contribuinte, às fls. 56 a 156 e 219 a 266 dos autos, cujas operações de vendas de mercadorias, sob código 5102, sempre incide a alíquota de 7% para a apuração do imposto.

Devo registrar que no Parecer da PGE/PROFIS/ASTEC foi afirmado que a documentação fiscal acostada aos autos indica, relativamente ao exercício de 2004, que a quase totalidade das operações de saídas sujeitaram-se à alíquota de 7%, ressaltando também que houve operações de saídas internas sob alíquota superior à de 7%, citando a fl. 107 do PAF, onde pode ser observada uma base de cálculo de R\$11.479,80 e um imposto debitado de R\$1.861,56, ou seja, operação tributada à alíquota de 17%. Cita também a existência de outras operações de saídas interestaduais a 12%, a exemplo das fls. 59, 142, 146, 149 e 150.

Contudo, devo esclarecer que as poucas operações sujeitas às alíquotas de 12% ou de 17% dizem respeito a saídas sob códigos 6910 e 5910, respectivamente, as quais não dizem respeito a vendas de mercadorias, e, como tal, não sendo relevante à questão.

Diante de tais considerações, quanto à quinta infração, deve-se aplicar a alíquota de 7% sobre a base de cálculo de R\$ 1.022.981,52 (valor original de R\$ 1.065.069,29 – valores comprovados na Decisão recorrida de R\$ 31.920,00 e R\$ 10.167,77), o que resulta o ICMS devido de R\$ 71.608,70.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, quanto à quinta infração, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 84.691,46, devendo ser homologado os valores já pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293873.0703/05-9**, lavrado contra **BOCAIUVA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$84.691,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.082,76 e 70% sobre R\$71.608,70, previstas no art. 42, II, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS