

A. I. N.<sup>º</sup> - 206951.0005/06-1  
AUTUADO - ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA  
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
INTERNET - 26/07/2007

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

**ACÓRDÃO JJF N<sup>º</sup> 0238-03/07**

**EMENTA:** ICMS: 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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 reconhecida pelo autuado. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Levantamentos da auditoria com valores conflitantes. Infração nula por incerteza do lançamento. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2006, reclama ICMS no valor total de R\$131.147,79, com aplicação das multas de 50% e 70%, referente a três infrações:

Infração 01- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que ficou comprovada a omissão de saídas de mercadorias que foram realizadas para acobertar entradas de mercadorias cujas notas fiscais não foram arquivadas, nem lançadas na Declaração de Movimento Econômico das Micro e Pequenas Empresas – DME e no livro caixa nos exercícios de 2001 e 2002, o que autoriza a cobrança do imposto por presunção de omissão de receita. ICMS no valor de R\$120.582,83, acrescido da multa de 70%.

Infração 02- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. ICMS no valor de R\$2.081,30, acrescido da multa de 70%.

Infração 03- Recolhimento a menos de ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de Apuração de ICMS (SIMBAHIA). ICMS no valor de R\$8.483,66, acrescido da multa de 50%.

O autuado manifesta-se às fls. 677 a 681, reconhecendo o cometimento da Infração 01 e impugnando as imputações 02 e 03.

Em relação à infração 02, omissão de saídas apurada através de saldo credor de caixa, argumenta que, entendendo que a pretensão da autuante é alcançar saídas anteriores, supostamente ocorridas

no decorrer de 2001 e 2002, o mesmo fato gerador constaria da infração 01, relacionada com omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Diz que, apesar de esta infração 01 referir-se a entradas não registradas, a intenção do Fisco seria, a exemplo da infração 02, alcançar omissão de saídas anteriores. E que, como o fato gerador ocorreu dentro dos mesmos exercícios financeiros, 2001 e 2002, a cobrança não poderia coexistir. Afirma que seria o mesmo que o Fisco cobrar, em um mesmo exercício, omissão de saídas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo de estoque e em razão de entradas não contabilizadas.

Quanto à infração 03, argumenta que, das planilhas denominadas “Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte” (fls. 127 e 128), elaboradas pela autuante, referentes a 2001 e 2002, verifica-se que teriam sido considerados, no somatório das entradas e das saídas mensais, os valores atinentes a devoluções de saídas e de entradas, o que teria motivado a diferença de ICMS imputada, o que iria de encontro ao disposto no artigo 384-A, II, “b”, do RICMS/BA, que transcreve. Prossegue dizendo que tais devoluções se encontrariam escrituradas nos livros Registros de Entradas e de Saídas, cujas cópias a autuante anexou ao processo, e que a inclusão daqueles valores teria majorado a Receita Bruta Acumulada e a alíquota incidente. Apresenta planilhas às fls. 679 e 680, informando que no exercício de 2001 haveria recolhimento efetuado a mais no valor de R\$428,87, e no exercício de 2002 haveria imposto a recolher no valor de R\$26,22. Conclui pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração.

A autuante apresenta informação fiscal às folhas 733 a 735, citando que o defensor reconheceu e recolheu integralmente o ICMS relativo à infração 01, insurgindo-se contra as infrações 02 e 03. Prossegue argüindo que o autuado faz parte de um grupo de empresas que praticam com habitualidade devolução tanto de compra, quanto de venda, com o intuito de fraude. Passa a se pronunciar sobre as infrações impugnadas pelo autuado.

Quanto à infração 02, que o autuado afirma constituir o mesmo fato gerador da infração 01, assevera que esta alegação não procede, porque se trata de exercícios distintos, além do fato de que os números dos documentos que não foram lançados no caixa, às fls. 109 a 126 (infração 02), não coincidem com documentos relacionados no demonstrativo de fl. 11 (“Notas fiscais não inclusas na DME capturadas pelo CFAMT e SCAM”, infração 01).

No que se refere à infração 03, afirma que o defensor argumenta que o crédito reclamado nessa infração decorre da falta de dedução das notas fiscais de devolução nos valores utilizados para o cálculo do imposto devido, mas que não apresenta provas capazes de elidir a infração, uma vez que não anexou os documentos de devolução, nem comprovação de recebimento das mercadorias pelo fornecedor. Aduz que a listagem anexada pelo autuado não tem valor probatório, não se constituindo em escrita regular, porque a empresa estava desobrigada da escrituração de livros fiscais, em função de ser empresa de pequeno porte. Acrescenta que a escrituração só constitui prova a favor do Fisco, e que o contribuinte prova com documentos. Observa que, em 2002, por ter a empresa, segundo afirma a autuante, ultrapassado o limite para se enquadrar no SimBahia em 2001, praticou devoluções em montantes muito mais vultosos, bem como falta de registro de compras (infração 01), apurada através do CFAMT e do SCAM, com circularização junto a seus fornecedores. Aduz que isto resultou em redução drástica no faturamento, que passou de R\$928.287,30, em 2001, para R\$642.896,68, em 2002, conforme DMEs anexadas (fls. 736 a 739). Afirma que tais valores não dizem respeito a devolução. Diz que as listagens de entradas e de saídas de mercadorias (fls. 136 a 489) foram entregues ao Fisco pelo autuado e que, portanto, a argumentação do sujeito passivo carece de provas. Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, “em razão da dedução que afetou nas infrações 02”.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado a manifestar-se acerca da informação fiscal, conforme documentos de fls. 746 e 747, mas o mesmo manteve-se silente.

Encaminhado para julgamento, a 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal – JJF decidiu converter o processo em diligência à inspetoria de origem, para que o autuante explicasse a conclusão de sua informação fiscal, quando se pronunciou pedindo a procedência parcial da infração 02, contrariamente ao dito no corpo do mesmo documento, no qual pediu a manutenção da imputação integralmente. A diligência também pediu esclarecimentos sobre o fato de o levantamento fiscal às fls. 95/108 apresentar saldo credor de caixa para os meses de novembro de dezembro de 2001, período objeto da imputação 02, quando o demonstrativo apensado às fls. 574/619, contrariamente, indica saldo devedor de caixa nos referidos meses.

A autuante, à fl. 752, esclarece que não foi reduzido o valor cobrado no Auto de Infração, tendo ocorrido um equívoco na conclusão da informação fiscal, posto que só no momento do seu desfecho a autuante lembrou-se de verificar as DMEs de fls. 736 a 739, nas quais não há devolução de mercadorias. Pede que a autuação seja mantida.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado a manifestar-se acerca da nova informação fiscal, conforme documentos de fls. 754 e 755, mas o mesmo não se pronunciou.

Consta, às fls. 758 e 759, demonstrativo do sistema SIGAT/SEFAZ, com pagamento do débito de ICMS atinente à infração 01 do Auto de Infração em estudo.

## VOTO

O lançamento de ofício cobra ICMS relativo a imputações descritas no relatório, baseadas em demonstrativos e documentos presentes no processo, conforme descrito no corpo do Auto de Infração.

No mérito, em relação à infração 01, omissão de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não registradas, lastreada nos demonstrativos e documentos de fls. 11 a 84, e 490 a 573 dos autos, e cujo cometimento foi reconhecido pelo autuado, que efetuou o recolhimento do ICMS na mesma lançado, considero-a procedente, existindo controvérsia.

Quanto à infração 02, omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, o contribuinte alega que a pretensão da autuante é alcançar saídas anteriores, ocorridas em 2001 e 2002, e que se trataria do mesmo fato gerador objeto da infração 01, também relacionada com omissão de saídas de mercadorias tributáveis. A autuante explica que se trata de exercícios distintos nas duas infrações, além do fato de que os números dos documentos que não foram lançados no caixa, com cópias às fls. 109 a 126 (infração 02), não coincidem com documentos relacionados no demonstrativo de fl. 11, atinente à infração 01.

Em relação ao argumento defensivo de que a infração 02 estaria contida na infração 01, observo que somente poderia ser acatado se ficasse comprovado, neste processo, que as notas fiscais utilizadas para embasar a exigência do ICMS lançado na infração 01 também foram computadas para o cálculo do débito objeto da infração 02, haja vista que, neste caso, trata-se da mesma presunção. Da análise dos demonstrativos elaborados pela autuante, também não há como afirmar, com segurança, que os documentos fiscais da infração 02 não foram computados na infração 01, apesar de a autuante ter asseverado que se trata de “exercícios distintos”, e que os números dos documentos fiscais da infração 01 não estariam lançados no levantamento de caixa realizado na apuração da infração 02.

Observo ainda que os levantamentos de fls. 95 a 108, em especial quanto aos dados de fls. 106 e 108, que tratam dos meses de novembro e dezembro de 2001, objeto da imputação 02, não refletem o demonstrado nas planilhas de fls. 574 a 619, em particular as fls. 612 a 619, que tratam desses mesmos meses, posto que no levantamento está indicado saldo credor de caixa, e nos demonstrativos os valores estão indicando saldo devedor, como dito na diligência de fl. 750, cujo esclarecimento pedido ao autuante, neste assunto, não foi prestado. Não existindo segurança no lançamento, configura-se a nulidade desta imputação, nos termos do artigo 18, IV, “a”, do

RPAF/99. Declarada a nulidade por vício formal, fica afastada a análise do mérito.

Recomendo a autoridade administrativa competente, que seja renovado o procedimento fiscal, a salvo de incorreções, no que tange a este item da autuação.

No que diz respeito à infração 03, recolhimento a menos de ICMS na condição de empresa de pequeno porte, a autuante baseou os levantamentos de fls. 127 e 128 nos dados apresentados pelo sujeito passivo às fls. 136 a 489, e nos relatórios de DAEs de fls. 129 a 132, e o contribuinte não comprovou que as diferenças encontradas dever-se-iam a devoluções de compras e de vendas, como argumentou, posto que não anexou documentos fiscais que a isto dissessem respeito, limitando-se a apresentar listagens que não elidiram o quanto imputado. A mera alegação não desonera o sujeito passivo da comprovação do quanto assevera. Infração não elidida.

Em face do exposto, considero **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, subsistindo, tal como lançadas, as imputações 01 e 03, devendo ser homologado o valor recolhido pelo contribuinte, conforme demonstrativo do sistema SIGAT/SEFAZ às fls. 758 e 759, com pagamento do débito de ICMS atinente à infração 01 do presente Auto de Infração.

## 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 206951.0005/06-1, lavrado contra **ELO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$129.066,49**, sendo **R\$8.483,66** acrescido de multa de 50%, e **R\$120.582,83** acrescido da multa de 70%, previstas respectivamente nos incisos I, “b”, item 3, e III do artigo 42 da Lei n.º 7.014/96, com os acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido. Recomendação para que seja renovado o procedimento fiscal a salvo de incorreções, no que tange à matéria objeto da infração 02 deste Auto de Infração, declarada nula.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR