

**A. I. N°** - 269358.0006/07-6  
**AUTUADO** - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e JOSÉ LUÍS SOUZA SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 10/08/2007

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0254-03/07**

**EMENTA:** ICMS. 1. 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. Não comprovado o registro das notas fiscais. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 02/05/2007 e exige ICMS no valor de R\$516.242,54 acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de duas infrações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Período de 01/2006 a 10/2006. ICMS no valor de R\$472.383,19, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Deixou de efetuar o 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 no anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte adquiriu frango inteiro e/ou partes e peças conforme notas fiscais relacionadas no Anexo II (fls. 116 a 130) ao presente Auto de Infração, omitindo-se do registro e respectivo recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária. Período de 02/2006 a 01/2007. ICMS no valor de R\$43.859,35, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento fiscal às fls. 202 e 203, na qual descreve os termos da autuação, reconhece o cometimento da infração relativa ao item dois do Auto de Infração, e argumenta que grande parte das disputas relacionadas ao ICMS está arrolada à forma de cálculo do imposto. Aduz que, como tributo não cumulativo, este imposto obedece a um sistema de débitos e créditos, como previsto na Constituição da República, o ICMS pago em uma

etapa servindo como crédito para o ICMS devido nas fases de comercialização seguintes, e que a restrição constitucional ao direito do crédito do ICMS não abrange eventuais faltas de escrituração das entradas. Assim, considera incompreensível o fato de os autuantes terem deduzido do cálculo do ICMS a pagar os valores de crédito constantes das notas fiscais relativas à infração 02, e não o terem feito em relação à infração 01, que entende serem a mesma infração, ou seja, falta de registro de entradas de mercadorias. Ressalta que o RICMS/BA prevê a multa de 10% do valor comercial da mercadoria que tenha ingressado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, “fato esse verificado pelos senhores auditores”. Entende que, na hipótese de dúvida, poder-se-ia optar pela penalidade menos onerosa para o autuado, que no presente caso seria a multa de 10% aludida.

Em relação à infração 01, elabora planilha à fl. 203, na qual lista os valores que reconhece como devidos, totalizados em R\$277.87,47, que afirma corresponderem aos débitos apurados na infração 01, depois de deduzidos os créditos das notas fiscais de entradas. Finaliza pedindo a improcedência parcial da infração 01.

A informação fiscal, às fls. 206 a 208, foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza, nos termos do art. 127, § 2º, do RPAF/99, na qual o mesmo inicialmente relata os termos da autuação e da impugnação ao lançamento fiscal e em seguida aduz que o “reconhecimento do procedimento advém de sua autorização de carregamento ao motorista”, não havendo como negar a responsabilidade do sujeito passivo pelos documentos comprovados nas ordens de carregamento (documento de fl. 126) e que, assim, a defesa restringe-se “a contestar o desrespeito ao princípio da não-cumulatividade (o que considera a inconsistência do procedimento) incluir os créditos na apuração da infração 02, negando-os na infração 01.” Diz que, no entanto, a legislação aplicável aos dois casos é diversa, como fica evidenciado pelos diferentes enquadramentos nestas duas situações, posto que na infração 02 os créditos foram considerados porque foi calculado o ICMS devido por substituição tributária previsto nos termos do artigo 371 e nos prazos do artigo 125, II, “b”, ambos do RICMS/BA, enquanto que na infração 01 não está havendo a exigência do imposto em função da operação materializada nas notas fiscais e, sim, por presunção, nos termos do artigo 2º, §3º, IV, do mesmo Regulamento, que a autoriza quando as mercadorias não forem registradas. Aduz que a exigência fiscal se dá sobre operações de saídas anteriores sem nota fiscal que deram origem aos recursos para a aquisição das mercadorias relacionadas na infração 01 e que, no caso em foco, a presunção foi confirmada na impugnação ao lançamento fiscal. Conclui opinando pela procedência integral da autuação.

## VOTO

O Auto de Infração exige ICMS por duas infrações à legislação tributária, 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 – infração 01, e pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, relativamente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – infração 02.

O contribuinte reconhece integralmente a imputação e o valor do ICMS devido em relação à infração 02, lastreada nos documentos de fls. 116 a 199 do PAF, pelo que a considero procedente, inexistindo controvérsia.

Quanto à infração 01, o sujeito passivo reconhece que deixou de escriturar as notas fiscais de entradas conforme descrito no Auto de Infração, porém insurge-se contra a falta de dedução do crédito destacado nas mesmas, quando da realização dos cálculos para definição do montante de imposto devido. Neste sentido, elabora planilha à fl. 203, reconhecendo como devido parcialmente o montante de imposto a recolher, no valor de R\$277.872,47. Aduz que existe multa no percentual de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação que ingressem no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal e argumenta também que, em caso de

dúvida, poder-se-ia optar por aplicar a citada multa de 10%, que seria a penalidade menos onerosa para o contribuinte.

Trata-se, no caso da imputação 01, de infração diversa daquela lançada no item 02 do Auto de Infração. Na segunda, apura-se valor de imposto não recolhido atinente às operações de entrada para as quais foram emitidos os documentos fiscais em foco, nos quais havia sido destacado valor de ICMS que, a título de crédito fiscal, foram deduzidos do débito tributário, em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

Na primeira infração, o fato de o contribuinte não ter registrado as notas fiscais em sua escrita fisco-contábil, fato imputado contra o qual não se insurge, autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo praticou a omissão de saídas anteriores de mercadorias sem pagamento 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.

Não se trata de falta de pagamento de imposto relativo às operações para as quais foram emitidos os documentos fiscais acostados ao Auto de Infração, mas de presunção legal da ocorrência de operações anteriores nas quais não houve o devido recolhimento de ICMS. Nesse sentido, não cabe a dedução, do montante do débito tributário apurado, a título de crédito fiscal, dos valores destacados nas notas fiscais de fls. 28 a 115, como pretende o autuado, porque as mesmas, não estando escrituradas, como o mesmo reconhece, prestam-se, no caso presente, apenas a provar uma operação financeira anterior não contabilizada, na qual houve falta de recolhimento de ICMS. A Lei nº 7.014/96, no §4º de seu artigo 4º assim dispõe, bem como prevê que é ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. O defendente não apresentou qualquer documento para contrapor ao levantamento fiscal, pelo que considero devido o imposto cobrado.

Também não acato a alegação defensiva de que poder-se-ia cobrar não o imposto, mas a multa de 10% do valor comercial da mercadoria tributável que ingressou no estabelecimento sem a devida escrituração, tendo em vista que a exigência de imposto por presunção se aplica por falta de escrituração fiscal e contábil das notas fiscais de entradas, e o contribuinte não comprovou que os valores relativos a essas aquisições foram lançados em sua escrita contábil (livros Caixa, Razão e Diário).

Quanto ao lançamento extemporâneo das notas fiscais objeto da infração 01, após escriturados esses documentos fiscais, poderá ser realizado nos termos do artigo 101 do RICMS/BA.

Face ao 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 **269358.0006/07-6**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$516.242,54**, acrescido das multas de 60% sobre R\$43.859,35 e 70% sobre R\$472.383,19, previstas no art. 42, incisos II, “d”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR