

**PROCESSO** - A. I. Nº 269358.0006/07-6  
**RECORRENTE** - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGO SUL)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0254-03/07  
**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 08/04/2008

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-11/08

**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 no prazo regulamentar. Infração comprovada. Decisão recorrida mantida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0254-03/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigráfico, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, período de 01/2006 a 10/2006, com ICMS no valor de R\$472.383,19, acrescido da multa de 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 no anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte adquiriu frango inteiro e 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, com ICMS no valor de R\$43.859,35, acrescido da multa de 60%.

Em Primeira Instância, o Relator da JJF consignou inicialmente que o contribuinte reconheceu integralmente a imputação e o valor do ICMS devido em relação à infração 02, infração lastreada nos documentos de fls. 116 a 199 do PAF, julgando-a procedente.

Quanto à infração imputada no item 1, consignou que o sujeito passivo reconhece que deixou de escrutar as notas fiscais de entradas, porém insurgiu-se contra a falta de dedução do crédito destacado nas mesmas, quando da realização dos cálculos para definição do montante de imposto devido, elaborando planilha anexa à impugnação - fl. 203 - reconhecendo como devido parcialmente o montante de imposto a recolher, no valor de R\$277.872,47, e requerendo a aplicação da multa de 10%, que seria a penalidade menos onerosa.

Assevera a JJF que esta infração é diversa daquela lançada no item 02 do Auto de Infração, e que nesta última 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. Já 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, pois 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.

Nesse sentido, concluiu a JJF, que não cabe a dedução, do montante do débito tributário apurado, a título de crédito fiscal, dos valores destacados nos referidos documentos fiscais, 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, e que o sujeito passivo não apresentou qualquer documento para contrapor ao levantamento fiscal.

Por fim, a JJF afastou a alegação defensiva de que poderia ser cobrado 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, consignou que, após escriturados esses documentos fiscais, poderá ser utilizado o crédito fiscal, nos termos do artigo 101 do RICMS/BA.

Irresignado contra o Julgado de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário - fls. 231 a 233 – onde inicialmente alega que a presente autuação deriva de perseguições e arbitrariedades cometidas por agentes fiscais, e que por isso reconheceu o cometimento das infrações. Alega que descobriu que lhe viam sendo exigidos créditos tributários indevidos por culpa de vendedores e concorrentes inescrupulosos que vinham se utilizando dos seus dados cadastrais para efetuarem compras não destinadas a ele. Afirma que formalizou denúncia junto a SEFAZ e que nada foi feito.

No mérito, alega que as notas fiscais que embasaram a infração que lhe é imputada no item 1 foram levantadas a partir de cópias de notas fiscais arrecadadas junto aos emitentes – vias fixas – localizadas em outras unidades da Federação, sem ter havido indícios que as mesmas tenham transitado no Estado da Bahia, e que o CONSEF, através de Acórdão da lavra da Câmara Superior – de nº 1023/99 já se posicionou pelo Não Acolhimento, como prova de aquisição, de vias fixas coletadas junto aos emitentes.

Finaliza requerendo que admitiu inicialmente o débito por medo de retaliações, mas que agora cônscia de que não adquiriu as mercadorias relativas às notas fiscais citadas, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

A PGE/PROFIS – às fls. 241 e 242 – opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, consignando que a autuação encontra-se lastreada em material probante composto pela própria requisição de “Autorização de Carregamento”, expedida pelo autuado – fls. 126 - o que a priori seria suficiente para evidenciar os elementos caracterizadores do ilícito, além do que o autuado em sua Impugnação admitiu a infração. Aduz que o autuado, em uma guinada radical, agora nega o cometimento da infração e apresenta uma história inverossímil de perseguição por parte da Fiscalização, complementando sua defesa com uma jurisprudência administrativa sem similaridade com o caso em concreto. Assevera que a autuação encontra-se lastrada também pelas correspondentes vias das notas fiscais emitidas pelos fornecedores, pela autorização de carregamento e embarque por ele emitida e pelo seu reconhecimento expresso, formal e espontâneo da prática do ilícito.

## VOTO

Da análise dos documentos acostados aos autos, da impugnação e da peça recursal, comungamos com o entendimento da PGE/PROFIS no sentido da manutenção da Decisão recorrida, posto que o sujeito passivo não elide as exigências fiscais, reconhecidas expressamente quando da impugnação – vide fls. 203 dos autos - e em sede de Recurso Voluntário contestadas sem acompanhamento das provas necessárias a embasar uma modificação do “*decisum*” de Primeira Instância.

No que toca à primeira imputação - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, período de 01/2006 a 10/2006 – consta dos autos que a ação fiscal foi iniciada com base em fiscalização procedida em estabelecimentos localizados em outros Estados e que comercializam com a empresa autuada, com base em indícios de sonegação nestas operações. Constam dos autos, ainda, documentos fiscais coletados junto aos referidos emitentes, e ainda, comprovando a operação de aquisição das mercadorias, as devidas autorizações de carregamento e embarque das mesmas, expedidas pelo contribuinte autuado – vide fls. 126.

Como dito acima, muito embora o sujeito passivo expressamente reconheça o cometimento desta infração na sua peça defensiva – assim como a constante do item 2 da autuação - agora em sede recursal contesta-a alegando que a ação fiscal é fruto de perseguição do Fisco e que não efetuou as aquisições, mas sim teve o nome da sua empresa utilizada por terceiros. No entanto, não traz nenhuma prova que comprove estas alegações, o que embasa a aplicação da regra disposta no art. 143 do RPAF, que assim determina, “*in verbis*”:

*“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”*

Por outro lado, também não merece guarida o pedido de improcedência da alegação ao argumento de que tendo sido as notas fiscais relacionadas à exigência fiscal coletadas juntos aos seus emitentes – vias fixas - não há indícios de que as mercadorias tenham transitado em território baiano, não sendo prova de aquisição de mercadorias. A uma porque – como bem frisou o procurador que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS - há nos autos não só os documentos fiscais que deram amparo à circulação das mercadorias, mas autorizações de carregamento e embarque das mercadorias, expedidas pelo próprio recorrente, em uma prova inequívoca destas aquisições, a impossibilitar qualquer negativa do sujeito passivo.

A duas que o Acórdão CS nº 1023/99, citado pelo recorrente como posição do Conselho de Fazenda sobre a matéria, não se aplica à espécie, posto que, como visto, na presente autuação está comprovada a efetiva aquisição das mercadorias pelo sujeito passivo e o seu não registro na escrita do contribuinte, servindo as mesmas como lastro para a presunção prevista no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, abaixo transscrito, presunção esta de natureza relativa, cabendo ao contribuinte a demonstração de sua improcedência, o que não foi feito.

*“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”*

Por último, também entendemos correta a Decisão recorrida ao consignar que não cabe a dedução dos créditos fiscais destacados nos referidos documentos fiscais do valor exigido na autuação, posto que se trata de presunção lastreada no dispositivo legal acima citado, não estando se exigindo imposto em função da operação materializada nas notas fiscais em apreço, mas em função do imposto que deixou de ser recolhido nas operações de saídas anteriores sem documento fiscal, que deram origem aos recursos para a aquisição das mercadorias relacionadas na autuação. Cabe, assim, ao contribuinte efetuar o lançamento extemporâneo dos referidos documentos

fiscais, e se devido o crédito, proceder na forma prevista no art. 101 do RICMS-BA, abaixo transcrito:

*"Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:*

*I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;*

*II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.*

*§ 1º A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:*

*I - feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro;*

*II - se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:*

*a) que os serviços prestados ou as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro "Crédito do Imposto - Outros Créditos";*

*b) que a utilização do crédito fiscal ocorra concomitantemente com o registro da mercadoria na escrita fiscal, quando a mercadoria, embora não inventariada, encontrar-se fisicamente no estoque.*

*§ 2º Quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna "Observações" do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna "Observações" do Registro de Apuração do ICMS."*

Quanto à segunda imputação – 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 no anexo 88 do RICMS/BA – vale consignar que esta foi também expressamente reconhecida pelo sujeito passivo em sua impugnação e não é citada no Recurso Voluntário, valendo como reconhecimento tácito da Decisão da JJJ que a manteve “*in totum.*”

Assim, diante do acima exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo-se inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269358.0006/07-6, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGO SUL)**, devendo ser intimado o recorrente 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, 19 de março de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. PGE/PROFIS