

PROCESSO - A. I. Nº 087078.0003/07-3
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0325-04/07
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 04/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0357-12/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS 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. Infrações parcialmente elididas. Modificada a Decisão de 1ª Instância. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Demonstrativo juntado com a defesa não constitui prova suficiente para elidir a acusação. Infração subsistente. 3. 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. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão de 1ª Instância. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0325-04/07) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 20/06/2007, para exigir o ICMS no valor de R\$20.321,48, em decorrência das seguintes infrações à legislação tributária estadual:

1. 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. Conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais anexos (fls. 08 a 14) - R\$11.528,32.
2. Recolhimento a menos 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, conforme demonstrativos às fls. 15 a 23 - R\$2.150,87.

3. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Conforme demonstrativos de fls. 24 a 48 - R\$562,54.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. A empresa deixou de registrar em suas escritas fiscal e contábil, as notas fiscais de compras de mercadorias, relacionadas no demonstrativo de cálculo do ICMS devido, com cópias de todas as NF nele relacionadas, as quais foram obtidas do CFAMT e através de circularização junto aos fornecedores, conforme demonstrativo e cópia das notas fiscais às fls. 49 a 53. Consta, na descrição dos fatos, que a falta de contabilização de entradas de mercadorias, bem como de pagamentos de duplicatas efetuados, indica que o sujeito passivo efetuou tais desembolsos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas - R\$6.079,75.

Após apreciar todos os argumentos expostos pela empresa, bem como dos argumentos apresentados pelo fiscal autuante, a 4^a JJF decidiu pela Procedência da autuação sob os seguintes fundamentos

No que tange à infração 1, não acolheu os argumentos de defesa de que não havia realizado as compras constantes dos documentos fiscais autuados, pois, apesar da defesa não ter juntado ao processo a cópia do livro REM, para comprovar a escrituração de parte das notas fiscais objeto da autuação, nem qualquer outra prova contrária, constatou que o demonstrativo à fl. 8, relaciona cinco notas fiscais, cujas cópias foram juntadas às fls. 9 a 14, sendo emitidas pelas empresas Arcor do Brasil e Florestal Alimentos S/A, localizadas nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul. Em todas, *consta como destinatário a empresa autuado, a exemplo das primeiras vias das NF 422512 e 425183, o que denota terem sido coletadas na empresa e segundas vias das NF 349231, 349232, 349514 coletadas no sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT), com identificação dos transportadores, prazo de vencimento, número de pedidos, etc, bem como são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (chicletes e caramelos).*

Quanto à infração 2, também não acatou a razão de defesa de não ter responsabilidade sobre o fato ocorrido, já que o imposto recolhido através do DAE (fls. 63 e 64) havia sido calculado no posto fiscal da SEFAZ. Após analisá-lo, constatou ter sido recolhida, indevidamente, a antecipação parcial ao invés da antecipação total já que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária. No caso, *não se aplica o instituto do imposto antecipação parcial, conforme disposto no art. 352-A, § 1º, III do RICMS/BA e sim o imposto por antecipação que encerra a fase de tributação das mercadorias. Portanto, está correto o procedimento adotado pela fiscalização, tendo em vista que do valor total apurado do ICMS-ST (fl. 15), foram deduzidos os valores já recolhidos pelo autuado (fls. 63 e 64), devendo ser mantido integralmente o valor exigido.*

A respeito da infração 3, assim se posicionou: *o autuado reconheceu em parte as omissão de saída de mercadorias apontada na autuação, conforme quadro demonstrativo próprio apresentado à fl. 61. Pelo confronto do mencionado quadro com o demonstrativo sintético juntado pelo autuante às fls. 43 a 46, verifico que o impugnante indicou quantidades divergentes do estoque final e das saídas com notas fiscais apuradas pela fiscalização dos produtos copo, xícara e prato (códigos 1800, 2601, 5251 e 5805).*

Observo que tendo sido exigido o imposto em decorrência da constatação da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento quantitativo, a fiscalização forneceu ao contribuinte as cópias dos demonstrativos sintéticos e analíticos, conforme documento à fl. 54, nos quais foram computadas as quantidades consignadas nos estoques

(inicial e final), bem como nas notas fiscais de entrada e de saída do estabelecimento, de acordo com os demonstrativos constantes das fls. 28 a 48.

Dessa forma, foi facultado ao contribuinte, identificar e demonstrar as inconsistências existentes no levantamento fiscal procedido pela fiscalização, seja nas quantidades indicadas das notas fiscais ou as registradas do livro Registro de Inventário. Nesta situação específica, o impugnante indicou diferenças divergentes dos estoques, mas não juntou cópias das páginas correspondentes dos livros para provar supostos equívocos cometidos pela fiscalização e com relação às quantidades apontadas de saídas, o autuado deveria apontar as quantidades computadas erradas pela fiscalização relativa a cada nota fiscal e juntar ao processo cópia das mesmas para provar sua alegação. Como estas provas não foram trazidas ao processo, ressalto que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver referentes às suas alegações e como não foi apresentada, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Concluo que não foram apresentadas provas suficientes para elidir parte da infração, devendo ser mantido na sua totalidade o valor exigido.

No tocante à infração 4, de igual maneira, não aceitou os argumentos defensivos de que não havia adquirido as mercadorias consignadas nas notas fiscais e base da autuação, pois os documentos fiscais foram coletados junto ao Sistema CFAMT. Com relação à alegação de que não negocia com macarrão, observaram que o próprio nome da empresa “Distribuidora de Produtos Alimentícios”, bem como o seu código de atividade econômica 4639701 – Comércio Atacadista de Produtos Alimentícios em Geral denota a possibilidade de comercializar qualquer produto alimentício e estando o fornecedor (Tupy) instalado neste Estado, deveria o autuado carrear ao processo, as provas de suas alegações.

Por fim, em relação ao argumento de que no período fiscalizado a escrituração indicava saldo devedor em montante superior ao das omissões apuradas nesta infração, não pode ser acolhida, tendo em vista que a presunção da omissão correlata à infração (entradas não registradas) é que ao não registrar as entradas de mercadorias (débito), também não foi registrado o desembolso do Recurso do pagamento em contrapartida (crédito de caixa ou banco), presumindo-se que também não foi contabilizado o ingresso do Recurso proveniente de receita anterior não contabilizada. Dessa forma, a existência de saldo credor não é prova suficiente para elidir a presunção da infração em comento. Infração subsistente.

A empresa e conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF apresentou Recurso Voluntário (fls. 84/88) contra Decisão de 1^a Instância deste Colegiado, voltando a afirmar que não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais base da autuação da infração 1. Apensou aos autos cópia do livro Registro de Entradas e do livro Caixa para corroborar sua afirmativa. Entendeu que restou provado o desvio de destino das mercadorias. No caso, entendeu, seria necessário o flagrante do descarrego das mercadorias para que se caracterizasse a infração. Transcrevendo Acórdão de um Conselho de Recursos Fiscais (sem identificação de qual), disse estar apensando aos autos queixa policial para comprovar que as mercadorias não lhe foram entregues. Citando a Lei nº 946 e nº 947, afirmou que a transportadora é fiel depositária das mercadorias e a entrega das mesmas ao interessado somente pode ser realizada através do Termo de Liberação de Mercadorias. Entendeu que deveria ser pesquisado o destino que a transportadora deu às mercadorias, pois ela poderia ter “usado formas cívilosas e levianas para desvio de mercadorias”.

Quanto ao imposto, por antecipação tributária, recolhido a menos, afirmou que o pagamento havia sido feito pela transportadora, na qualidade de fiel depositária das mercadorias e que não cabia ao transportador fazer o cálculo do imposto. O que aconteceu, conforme consta no voto do acordo combatido, houve erro do agente fiscal em não adicionar a MVA no percentual de 40%. Também o fiscal autuante não separou as mercadorias que possuíam MVA de 40% daquelas com MVA de 30%.

Concluiu dizendo que o Estado estava agindo com dois pesos e duas medidas, desobedecendo as determinações do art. 142, do CTN, pois o penaliza por um erro cometido pelo agente fiscal e com este nada acontece. Ressaltou que a Lei de Defesa do Consumidor diz claramente que qualquer cobrança tem que ser feita pelo exato valor sem deixar qualquer margem de dúvida sob pena de ser indevida. Desta forma, solicitou a extinção da infração por falta de certeza “do seu verdadeiro devedor”.

No que diz respeito ao levantamento quantitativo dos estoques de mercadorias, confessou ter havido “alguns” erros no levantamento nas saídas das mercadorias com código 1.800, 2.601, 5.251 e 5.805. Refez o demonstrativo apresentado anteriormente e afirmou estar apensando aos autos cópia do livro Registro de Inventário e que não houve qualquer aquisição destas mercadorias.

Quanto à infração 04, reafirmou não ter adquirido as mercadorias constantes nas notas fiscais autuadas. Para robustecer sua afirmativa, apensou aos autos cópia do livro Registro de Entradas e do livro Razão objetivando de que as mesmas não foram registradas, não foram pagas e que à época destas operações tinha saldo suficiente para fazer face às suas quitações se acaso houvesse adquirido as mercadorias. Entendeu que o fiscal autuante, para acusá-lo da infração, deveria ter elaborado um levantamento de caixa da empresa.

Requereu a improcedência do Auto de Infração.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer, esse órgão sugeriu que os autos fossem baixados em diligência objetivando intimar as empresas transportadoras das mercadorias para que elas informassem e comprovassem, com a documentação pertinente, a quem foram, efetivamente, entregues as mercadorias (fls. 107/108).

Esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar da sessão de 15/09/2008, após exame das peças que constituem o processo, concluiu não existir necessidade da realização da diligência sugerida e retornou os autos a PGE/Profis para emissão do Parecer conclusivo (fl. 110).

No seu opinativo conclusivo (fls. 111/114) a PGE/profis discordando do anterior Parecer emitido, Negou Provimento ao Recurso Voluntário apresentado pela empresa sob os seguintes argumentos:

1. A simples negativa do recebimento das mercadorias e do desconhecimento dos fornecedores emitentes das notas fiscais apreendidas na fiscalização de trânsito, os quais teriam utilizado dolosamente sua inscrição estadual, não são suficientes para desconstituir a acusação.
2. A falta de registro das notas fiscais de entrada de mercadorias levaria a uma futura saída sem registro e sem oferecimento a tributação, como poderia então ser verificado, na escrita do autuado, como foi por ela alegado, de que não houve saídas daqueles produtos registradas em sua contabilidade. Por via de consequência, qualquer outra operação de comercialização do produto ou pagamento a fornecedores seria, também, omitida na escrita contábil e fiscal da empresa.
3. Uma diligência junto aos transportadores era inócuia, pois são empresas situadas no Rio Grande do Sul, com fortes indícios de irregularidade, pois empresas distintas, com endereços diferentes na nota fiscal e no SINTEGRA e que possuem o mesmo telefone, restando ainda comprovado que o frete foi por conta do fornecedor. Assim, acertadamente a 2ª CJF concluiu de que todas as provas necessárias ao seu convencimento estão no processo e foram anexadas pelo autuante.
4. Em relação ao mérito do Recurso Voluntário, o recorrente repete exatamente os fatos e fundamentos apresentados em sua defesa, os quais resumidamente negam o cometimento da infração e restam vazios de fundamentos jurídicos. As notas fiscais apreendidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias e fornecidas à autuada para verificação de registro em sua contabilidade são idôneas, contendo todos os elementos necessários e suficientes, para caracterizar a aquisição de mercadorias pela empresa, pois emitidas por fornecedores contumazes e conhecidos seus e mercadorias inerentes a atividade primordial que exerce a empresario autuado, ou seja, o comércio de alimentos. E, para complementar o rol de indícios da

real aquisição das mercadorias, verificou que as operações com a fábrica de Biscoitos Tupy ocorreram no mercado interno. As demais compras foram realizadas a prazo, onde o cuidado do fornecedor é ainda em relação a qualidade do comprador. Também poderia o autuado se insurgir contra a cobrança, caso a mercadoria não chegasse, já que ela só ocorreria posteriormente.

5. A empresa não carreou aos autos qualquer prova para desconstituir as infrações a ela imputadas.

VOTO

O Recurso Voluntário apresentado retorna para apreciação todas as infrações à legislação tributária apontadas no presente Auto de Infração já que o recorrente não se conformou com a Decisão prolatada pela 1^a Instância deste Colegiado. Passo a analisá-las.

A infração primeira trata da 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 (chicletes e balas).

Não existe discussão de que as mercadorias estão enquadradas no regime da substituição tributária interna neste Estado. Apenas o recorrente, no seu Recurso Voluntário, voltou a afirmar que não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais, base da autuação, e que o fato restou caracterizado como “desvio de mercadoria”. Juntou cópia do seu livro Registro de Entradas e do livro Caixa para corroborar sua afirmativa. Informou, ainda, ter apresentado queixa policial para comprovar que as mercadorias não lhe foram entregues. Solicitou diligência para apuração do destino que as transportadoras deram mercadorias já que elas restaram como fiel depositário das mesmas.

Inicialmente ressalto que nos autos não consta que as transportadoras foram consideradas fiéis depositárias das mercadorias visto não existir qualquer indício de apreensão das mercadorias.

Quanto à solicitação de diligência para apurar fatos que o recorrente considerou como “desvio de mercadorias”, a rejeito diante do meu convencimento sob a matéria em combate e conforme dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99)

Observo que a queixa policial registrada na 10^a Coordenadoria de Polícia de Vitória da Conquista (contra as notas fiscais da Florestal Alimentos Ltda. e da Fábrica de Biscoito Tupy) não tem o condão de desconstituir a infração ora guerreada, pois, entre outras razões, somente foi registrada após Decisão prolatada pela 1^a Instância deste Colegiado, ou seja, em 26/11/2007 (fl. 89) e a ciência do Acórdão do JJJ nº 0325-04/07 se deu em 19/11/2007 (fl. 79).

Quanto ao fato das notas fiscais não estarem registradas no livro Registro de Entradas e no livro Caixa ou Diário da empresa, este fato apenas comprova não somente esta infração, mas também poderia comprovar a falta de seus registros. Entretanto, como esta última irregularidade não faz parte da presente autuação a ela, neste momento, não me volto. Informo, tão-somente, que nas cópias dos livros fiscais/contábeis trazidos pelo recorrente restou faltante os meses de junho e julho de 2006. (fls. 91/103).

Passando a analisar as notas fiscais, base da autuação, entendo razão assistir em parte ao recorrente. Os documentos fiscais foram: Notas Fiscais nºs 422512 e 4251832 emitidas pela Arcor do Brasil Ltda (fls 9/10) e Notas Fiscais nºs 349231, 349232 e 349514 emitidas pela Florestal Alimentos S/A (fls. 11/14).

Provado nos autos de que os Documentos Fiscais de nºs 422512 e 4251832, emitidos pela Arcor do Brasil Ltda nos meses de junho e julho de 2006, são todos primeiras vias. Isto significa que tais documentos foram entregues ao fiscal autuante pelo próprio recorrente, já que é ele o legítimo proprietário destas vias dos documentos fiscais. Em assim sendo, todos os argumentos apresentados pelo recorrente caem por terra.

Entretanto, em relação às Notas Fiscais nºs 349231, 349232 e 349514 emitidas pela Florestal Alimentos S/A, no mês de outubro de 2006, a situação é diferente. Estes documentos, ao contrário do que entendeu a JJF e a PGE/PROFIS não foram colhidos junto ao CFAMT. São vias fixas que foram entregues à Secretaria da Fazenda pelo fornecedor, no caso a Florestal. Este é o caso da chamada “circularização junto aos fornecedores”, conforme indicou o fiscal autuante.

Este Colegiado tem por posicionamento de que notas fiscais colhidas junto aos fornecedores de um contribuinte, a princípio, elas se constituem em indício de irregularidade. Para que sejam consideradas como prova material devem estar acompanhadas de outras, por exemplo: comprovante de pagamentos realizado pelo adquirente, análise da contabilidade da empresa, duplicatas, entre outras. Ou seja, que a mercadoria foi, efetivamente, adquirida pelo contribuinte consignado no documento fiscal. O fiscal autuante somente apensou aos autos, e deu conhecimento ao recorrente, de cópias das notas fiscais da Florestal Alimentos Ltda.

Afora tal circunstância, ao analisar os documentos fiscais da Florestal Alimentos Ltda. constato:

- a) As operações comerciais deste fornecedor foram operações interestaduais sem qualquer comprovação de circulação das mercadorias.
- b) As transportadoras (TransWB Transps Ltda e Coml e Transportes Born Ltda) estão estabelecidas em Lajeado no Rio Grande do Sul. Pela análise dos documentos fiscais e dados cadastrais destes contribuintes obtidos junto ao SINTEGRA embora empresas diversas, com endereços diversos, possuem o mesmo telefone. Além do mais, a Coml e Transportes Born Ltda tem um endereço na nota fiscal e outro no SINTEGRA.
- c) Ficou constatado que o frete foi realizado, em todas, por conta do fornecedor.
- d) As notas fiscais da Florestal foram emitidas em formulários contínuos. A cópia da Nota Fiscal nº 349231, no valor de R\$30.022,08, foi emitida em duas páginas. O fiscal somente apresentou a última página. Desta forma, não se tem notícia quais as mercadorias adquiridas, apenas de uma no valor de R\$640,20 (fl. 11).
- e) Quanto aos prazos de pagamento destas aquisições. A de nº 349231 foi emitida em 5/10/06 com emissão de duplicata para ser quitada em 6/10/06 (duplicata 349231-1). A de nº 349514 (fls. 13/14), no valor de R\$29.911,64, emitida em 6/10/06, com emissão de duplicata para ser quitada em 7/10/06 (duplicata 349514-1). Ou seja, as compras foram “a vista”. E para arrematar, aquela de nº 349232 nem duplicata indica.
- f) Por fim, pergunto como pode o contribuinte comprar, no dia 5/10/06, 30 caixas da mercadoria com código 07195 e no dia seguinte adquirir a mesma quantidade (Notas Fiscais nºs 349231 e 349514) e todas a vista?

Por tudo aqui exposto devem as notas fiscais emitidas pela Florestal Alimentos Ltda ser excluídas do levantamento fiscal, permanecendo, contudo, aquelas emitidas pela Arcor do Brasil Ltda., conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – INFRAÇÃO 1

D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	ICMS	MULTA
30/6/2006	9/7/2006	689,37	60
31/7/2006	9/8/2006	328,86	60
TOTAL		1.018,23	

A matéria da segunda infração diz respeito ao recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária no primeiro posto de fronteira do Estado pela aquisição de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária neste Estado (balas, chicletes, pirulitos, etc), conforme determina o art. 353, inciso II, item 8, do RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97). O recorrente recolheu, erroneamente, a antecipação parcial do imposto.

Não havendo Convênios e Protocolo entre os Estados Federados que indique como responsável tributário o remetente de mercadorias, e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária interna, cabe ao seu adquirente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) decorrente da operação comercial realizada. O prazo do seu recolhimento

consta determinado no Regulamento, no caso presente e específico é aquele indicado no art. 125, II, “b”, ou seja, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, quando se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes, ressalvadas as disposições contidas nos § 7º e § 8º (postergação do recolhimento do imposto). O próprio recorrente informou e comprovou não possuir credenciamento para postergação do imposto (fl. 90).

Em resposta aos argumentos de defesa, tenho a considerar:

1. se o pagamento foi realizado pelas transportadoras, este fato além de não estar provado nos autos, não é de responsabilidade das mesmas e aqui nada acrescenta, pois eles não são responsáveis tributários pelo imposto que deve ser recolhido por antecipação tributária pelo sujeito passivo tributário, ou seja, o recorrente.
2. Se, acaso, elas tenham ficado como fiel depositário das mercadorias apreendidas, mais uma vez, o fato não resta provado e ele em nada acrescenta à matéria guerreada.
3. Concordo de que não cabe ao transportador elaborar o cálculo do imposto e sim ao contribuinte. Se, acaso, o recorrente não soubesse fazê-lo, poderia se dirigir a uma repartição fiscal mais próxima ou realizá-la via internet.
4. a afirmativa de que um agente fiscal elaborou os cálculos incorretamente não está provado. O que resta provado é que os DAEs (fls 18, 21 e 23) foram, todos, emitidos via internet, ou seja, pelo próprio contribuinte.
5. Quanto ao Código de Defesa do Consumidor trazido pelo recorrente para afirmar que era indevida a cobrança do imposto já que imputou o erro ao agente fiscal, além de não ser legislação que rege a relação do estado com seus contribuintes, em nada acrescenta ao fato já comprovado, ou seja, que a emissão dos DAEs se deu via internet.

Em vista do exposto, do analisado e diante da legislação tributária vigente deste Estado a infração está caracterizada, pois o sujeito passivo, como responsável tributário, deveria efetuar o recolhimento do tributo no momento da entrada da mercadoria no território baiano.

O recorrente ainda trouxe, para desconstituir a infração em lide de que não houve separação das mercadorias que possuíam MVA de 40% daquelas com MVA de 30%. Razão em parte lhe assiste. Em pesquisa no SINTEGRA as empresas Arcor do Brasil Ltda e Docile Alimentos Ltda. são fabricantes de frutas cristalizadas, balas e semelhantes e de produtos alimentícios, respectivamente. A Perfetti Van Melle Brasil Ltda é atacadista de chocolates, confeitos, balas, bombons e semelhantes. Diante das determinações do item 8 do Anexo 88, do RICMS/97, para efeito do cálculo da substituição tributária das mercadorias objeto da autuação a MVA a ser aplicada é de 40% quando elas são adquiridas junto aos fabricantes e de 30% junto aos atacadistas. Em assim sendo o cálculo do imposto por substituição tributária das mercadorias adquiridas à empresa Perfetti Van Melle Brasil Ltda não poderia ser de 40%, como calculado pelo autuante e sim de 30%.

Fazendo este cálculo, observamos que o valor a menos recolhido foi de R\$465,23 e não de R\$620,31, como calculou o fiscal autuante, conforme demonstrativo a seguir.

NF	DATA	BASE DE CÁLCULO	MVA	BC P/ ST	ICMS	CREDITO FISCAL	ICMS RECOLHIDO	ICMS A RECOLHER
12249		9.122,08	30%	11.858,70	2.015,98	608,14	942,61	465,23

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – INFRAÇÃO 2

D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	ICMS	MULTA
30/6/2006	9/7/2006	1.473,37	60
31/8/2006	9/9/2006	57,19	60
30/09/2006	9/10/2006	465,23	60
TOTAL			1.995,79

A terceira infração diz respeito a omissões de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

O recorrente se insurge contra a Decisão de Primeira Instância, pois no seu entendimento apenas houve erros nas saídas das mercadorias com código 1.800, 2.601, 5.251 e 5.805 (copo, xícara e prato). Ou seja, apresentou os mesmos argumentos e levantamento da sua impugnação inicial. Disse no seu Recurso Voluntário que estava apresentando cópia do seu livro Registro de Inventário para provar o que afirmava. Esta cópia não foi juntada aos autos.

Todas as razões de defesa foram analisadas corretamente pela 1^a Instância deste Colegiado. Não há fato novo a ser apreciado. A Decisão está correta, pois nenhuma prova foi produzida para contrapor o levantamento realizado pelo fiscal autuante.

Voto pelo não provimento do Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente e mantenho a Decisão de 1^a Instância quanto a esta infração e mantenho a exigência do ICMS no valor de R\$562,54.

A infração 4 trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, cujos documentos fiscais foram colhidos junto ao Sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda e da circularização junto aos fornecedores da empresa. Ou seja, a razão da autuação foi a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. A presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso Voluntário para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição a título oneroso e que não esteja contabilizada deve ser incluída no levantamento fiscal, já que houve desembolso e a presunção diz respeito à ocultação de receitas. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

Os argumentos de defesa são praticamente os mesmos expostos quando se defendeu da infração 1. Não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais autuadas, que estas aquisições não estão lançadas no seu livro Registro de Entradas e no livro Razão. Além do mais, possuía saldo suficiente para fazer face à suas quitações se acaso as houvesse adquirido. Entendeu que o fiscal autuante, para acusá-lo da infração, deveria ter elaborado um levantamento de caixa da empresa.

A apresentação de cópia dos livros fiscais/contábeis, o recorrente apenas faz prova contrária a si, pois a acusação é precisamente esta: aquisições de mercadorias que não foram registradas nem lançadas na escrita fiscal e contábil da empresa.

Quanto ao fato de possuir saldo de caixa suficiente para arcar com a quitação das aquisições das mercadorias, este fato não tem o condão de desconstituir o fato apurado. Ao contrário, não registrando e não lançando tais aquisições pode levar a empresa a demonstrar ter receita fictícia, entre outras ocorrências. Em vista da situação, não tem pertinência a afirmativa do recorrente de que, antes de autuar, o preposto fiscal deveria ter elaborado um levantamento do Caixa da empresa.

No mais, as Notas Fiscais autuadas foram aquelas de n^{os} 349231, 349232 e 349514 emitidas pela Florestal Alimentos S/A e Notas Fiscais n^{os} 65042 e 65401 emitidas pela Fabrica de Biscoitos Tupy S/A (fls. 50/51/14).

Em relação aos documentos emitidos pela Florestal Alimentos Ltda. já me pronunciei sobre as mesmas quando da infração 1. Em vista de tudo que foi exposto, estes documentos devem ser excluídos da autuação.

Entretanto, a situação é diferente quanto as notas fiscais emitidas pela Fábrica de Biscoito Tupy

S/A. Também é posicionamento deste Colegiado de que as notas fiscais colhidas pelo fisco deste Estado (caso dos documentos fiscais da Fábrica de Biscoitos Tupy S/A), ou mesmo de outro estado, são documentos de prova para constatação da irregularidade em questão, pois colhidas pelo próprio fisco estadual quando do trânsito das mercadorias, ou seja, resta provada a circulação das mercadorias. Além do mais, resta provado que os documentos estão revestidos de todas as formalidades legais, o destinatário, nelas consignado, é o autuado, as mercadorias são condizentes com o seu ramo de atividade, o frete foi realizado pela mesma e a operação foi realizada dentro do próprio Estado. Diante desses fatos, entendo que as notas fiscais acostadas ao PAF constituem prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte. A contraprova, a fim de desconstituir o crédito tributário, caberia ao mesmo.

Pelo exposto, remanesce o débito deste item no valor de R\$680,00, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – INFRAÇÃO 4

D. OCORRÊNCIA	D. VENCIMENTO	ICMS	MULTA
28/2/2006	9/3/2006	408,00	70
31/3/2006	9/4/2006	272,00	70
TOTAL		680,00	

Por tudo quanto já exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão de 1^a Instância julgando procedente em parte as infrações 1, 2 e 4 e procedente a infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087078.0003/07-3, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS BENFICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.256,56**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.014,02 e 70% sobre R\$1.242,54, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. PGE/PROFIS