

**A. I. Nº - 298237.1211/06-1**  
**AUTUADO - DISTRIBUIDORA MULTI FRIOS LTDA.**  
**AUTUANTE- TRAJANO ROCHA RIBEIRO**  
**ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS**  
**INTERNET - 29. 05. 2008**

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0180-01/08**

**EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA 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 subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO.** Tal constatação, a exemplo do item precedente, decorreu da captura de notas fiscais, através do Sistema CFAMT, ingressados no território deste Estado e destinado ao contribuinte autuado. Infração não elidida. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO.** É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando as mercadorias são destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2006, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 334.424,33, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a novembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 237.661,49, acrescido da multa de 70%;
2. 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 [artigo 353, II, do RICMS/BA], nos meses de janeiro a agosto de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 96.354,89, acrescido da multa de 60%;
3. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março, maio e julho de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 407,95, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 107 a 112, na qual rechaça a infração 01, sustentando que jamais

comprou ou adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais mencionadas no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Afirma que a simples constatação de existência de notas fiscais, oriundas de retenção nos Postos Fiscais, ou coletadas em empresas fornecedoras, sem o devido registro na escrita fiscal, apenas indica a possibilidade de existência de ilícito tributário, contudo, por si só não constitui em ilícito tributário e, muito menos, em presumida omissão de saídas de mercadorias. Cita lição de Roque Antonio Carrazza sobre presunção, para dizer que a simples probabilidade fenece diante da inexistência de idoneidade do fato conhecido.

Prosseguindo, afirma que cabe ao Fisco comprovar a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no levantamento quantitativo de estoque, pois, estando correto o levantamento a prova é inequívoca. Aduz que, no presente caso, o autuante não realizou levantamento de estoque, apesar de estar na posse de todos os livros e documentos fiscais que lhe permitiria realizar tal levantamento.

Acrescenta que cabe ao Fisco comprovar a existência da ocorrência e não ao contribuinte, pois, caso contrário, estará se exigindo a produção de provas negativas, isto é, provas diabólicas, além de comprometer o princípio da segurança jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova.

Evoca ensinamento do mestre Hugo de Brito Machado sobre o ônus da prova, reproduzindo-o. Reitera que não recebeu as mercadorias e que está interpelando judicialmente os seus fornecedores, em razão de emissão de notas fiscais fictícias utilizando-se os dados do autuado.

Assevera, com relação à presunção, que cabe ao Fisco comprovar a efetiva entrada das mercadorias e não simplesmente presumi-las em face de existência de notas fiscais em que consta como destinatário. Ressalta que, somente tomou conhecimento da existência das notas fiscais arroladas na autuação, quando da autuação.

Sustenta que este item da autuação é totalmente improcedente, pelas razões apresentadas.

No que concerne à infração 02, diz que a afirmativa anterior de que a empresa não deu ingresso em seu estabelecimento, das aludidas mercadorias, já é suficiente para demonstrar a inexigibilidade do tributo. Reitera que cabe ao Fisco comprovar a entrada das mercadorias.

Afirma que este item da autuação também é improcedente.

Finaliza requerendo o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 120/121, contestando as alegações defensivas, afirmando que as notas fiscais acostadas aos autos às fls. 15 a 78, servem de prova material da aquisição das mercadorias, tendo sido obtidas através do sistema de controle de mercadorias em trânsito.

Aduz que todas as notas fiscais foram emitidas por fornecedores habituais do autuado e que as mercadorias estão inseridas no rol das comercializadas pelo autuado. Acrescenta que as notas fiscais contêm dados que claramente se identifica serem do autuado, como razão social, endereço completo, inscrição estadual, CNPJ.

Quanto à infração 02, todas as mercadorias estão identificadas no demonstrativo às fls. 12/13 dos autos e notas fiscais anexadas às fls. 15 a 78.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

Esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, considerando que não constava nos autos a comprovação de recebimento pelo autuado de cópias dos documentos fiscais arrolados na autuação, converteu o processo em diligência, a fim de que a Repartição Fazendária entregasse ao autuado cópia dos referidos documentos, bem como o informasse sobre a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Intimado o autuado, este registrou o recebimento de cópias das notas fiscais e se manifestou às fls. 130 a 134, reiterando a defesa inicial, requerendo a nulidade, ou a improcedência da autuação.

Às fls. 135/136, o autuante reiterou em todos os seus termos a informação fiscal prestada à fl. 120 dos autos. Acrescentou, com relação à infração 03, que o contribuinte não se manifestou.

Conclui mantendo totalmente a autuação.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre imputação ao contribuinte de cometimento de três infrações à legislação do ICMS, sendo a infração 01 - *falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas* – e a 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 artigo 353, II, do RICMS/BA* – apuradas através de notas fiscais coletadas no sistema CFAMT.

A infração 03, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais de mercadorias adquiridas noutras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento.

Inicialmente, não acolho a nulidade requerida pelo autuado, pois constato a observância na autuação dos pressupostos de validação do ato, conforme previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Conforme diligência solicitada por esta 1ª JF, foram entregues ao autuado cópias das notas fiscais arroladas na autuação, bem como reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para manifestação, o que foi feito pela Repartição fazendária, de acordo com os documentos acostados aos autos, preservando assim o direito de ampla defesa e o contraditório do contribuinte. Rejeito, portanto, a nulidade argüida.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado ataca as infrações 01 e 02 e silencia quanto à infração 03.

Na realidade, a impugnação das infrações 01 e 02 apresentada pelo autuado, está adstrita à argumentação de que a simples constatação de existência de notas fiscais, oriundas de retenção nos Postos Fiscais, ou coletadas em empresas fornecedoras, sem o devido registro na escrita fiscal, apenas indica a possibilidade de existência de ilícito tributário, não se constituindo por si só em ilícito tributário e, muito menos, em presumida omissão de saídas de mercadorias, cabendo ao Fisco comprovar a existência da ocorrência e não ao contribuinte, pois, caso contrário, estará se exigindo a produção de provas negativas, isto é, provas diabólicas, além de comprometer o princípio da segurança jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova.

No que concerne à infração 01, o imposto está sendo exigido com base na presunção legal de realização de operações de circulação de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o lançamento do imposto na escrita, as quais geraram receita para a aquisição de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, presunção esta que tem previsão no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, conforme transcrito abaixo:

### “Art. 4º.

*§ 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.”*

Como se trata de uma presunção legal relativa, o ônus da prova é efetivamente é invertido, cabendo ao contribuinte demonstrar a sua improcedência, o que não ocorreu na presente lide, haja vista que não apontou um único erro porventura existente no levantamento levado a efeito pelo autuante.

Vale registrar que o entendimento deste CONSEF, em reiteradas decisões, tem sido no sentido de que as notas fiscais coletadas pelo Fisco nos Postos Fiscais do trajeto das mercadorias destinadas ao contribuinte, indicando todos os dados cadastrais do destinatário, se apresentam como prova suficiente de que tais mercadorias foram remetidas pelo fornecedor e, conseqüentemente, lhe foram entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha elidir as existentes nos autos.

Cito como exemplo, a recente decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF Nº 0109-11-07, cujo voto do ilustre Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, reproduzo em parte, a seguir:

**“VOTO**

(...)

*Ressalto que sua alegação de não poder se submeter ao ônus da prova de fato negativo, ou seja, de que não adquiriu as mercadorias consignadas nas notas fiscais capturadas pelo CFAMT, como também de que não existem provas de que as mesmas deram entradas no seu estabelecimento, se relacionam com as infrações 1, 4 e 7, as quais foram apuradas em decorrência da existência de notas fiscais colhidas no CFAMT, acarretando em recolhimento a menor do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), enquadrada no SimBahia (infração 1), como também da falta do recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 (Infração 7) e antecipação parcial (infração 4).*

*Também, há de se salientar, ainda quanto à primeira infração, que a via da nota fiscal, colhida pelo fisco no trajeto das mercadorias remetidas ao recorrente, consignando todos os dados cadastrais do autuado, é prova suficiente de que tais produtos lhe foram enviados e, por conseguinte, lhe entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha destituir as existentes nos autos, conforme inúmeras decisões deste colegiado.*

*Portanto, a prova documental é de que as mercadorias circularam e foram entregues ao seu destinatário. Caso o recorrente sinta-se prejudicado com a existência das referidas provas, cabe-lhe insurgir-se administrativamente ou judicialmente contra a quem as produziram, no caso concreto, seus próprios fornecedores. Contudo a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação fiscal, a qual se baseia, repito, em provas documentais que depõem contra a pretensão do recorrente.*

*Assim, no caso sob análise, a lição do renomado jurista, Prof. Hugo de Brito Machado, vem a reforçar o lançamento fiscal, pois o Fisco provou a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, trazendo aos autos os documentos fiscais destinados ao sujeito passivo, colhidos pelo próprio Fisco no trajeto da mercadoria.*

*Diante do exposto, sob este aspecto, são pertinentes as infrações 01, 04 e 07 do Auto de Infração.”*

Assim, a infração 01 é totalmente subsistente.

Quanto à infração 02, também apurada com base nas notas fiscais do CFAMT, o autuado simplesmente alega que a afirmativa referente à infração 01, de que a empresa não deu ingresso em seu estabelecimento, das aludidas mercadorias, já é suficiente para demonstrar a inexigibilidade do tributo. Certamente, tal alegação não pode prosperar pelas mesmas razões determinantes da procedência da infração 01, ou seja, ausência de prova do alegado. Assim, este item da autuação é integralmente subsistente.

Relativamente à infração 03, o autuado silencia, valendo dizer que reconhece tacitamente a exigência fiscal, a teor do artigo 140, do RPAF/99, abaixo transcrito:

*“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”*

Assim, este item da autuação também é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298237.1211/06-1**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA MULTI FRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$334.424,33**, acrescido das multas de 70% sobre R\$237.661,49, de 60% sobre R\$96.762,84, previstas, respectivamente, no artigo 42, III, II, “d”, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR