

**PROCESSO** - A. I. N° 298576.0011/15-7  
**RECORRENTE** - ELBA ADRIANA CARNEIRO SOUZA MAGALHÃES - ME.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JFJ nº 0073-06/16  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 31/07/2019

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJP Nº 0142-11/19

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal enseja a presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, em razão de que, o fato de não registrar as mercadorias, o sujeito passivo as adquiriu com receita anterior de venda tributada não contabilizada, implicando na exigência do imposto, salvo prova contrária, de ônus do contribuinte, de forma a comprovar a legalidade desta receita que serviu de suporte para estas aquisições que não foram registradas. Exação elidida em parte, após comprovação de registro de parte das notas fiscais. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Exclusão de valores relativos à mercadoria sujeita ao regime normal de tributação ou com ICMS-ST recolhido. Razões recursais elide parte da exação. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado o pagamento de parte da Antecipação Parcial com base nos DAE's anexos às razões recursais. Item subsistente em parte. 4. PASSIVO FICTÍCIO. FORNECEDORES. Comprovada a insubsistência da exação, diante das provas anexadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 6ª JFJ, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, através do Acórdão nº 0073-06/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 14/12/2015 exigindo crédito tributário no valor de R\$256.278,90, em decorrência de quatro infrações, conforme documentos às fls. 12 a 32 dos autos, a seguir descritas:

*Infração 1 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$23.022,36, nos prazos regulamentares, referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2012 e 2013;*

*Infração 2 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$211.253,24, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos exercícios de 2012 e 2013.*

*Infração 3 – Recolheu a menos ICMS antecipação parcial, no valor de R\$14.173,95, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e outubro de 2012; maio, junho e novembro de 2013.*

*Infração 4 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido de R\$7.829,35, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2012 e 2013.*

Na Decisão proferida (fls. 547/555), inicialmente, a JJF assevera que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido legal e a ampla defesa do contribuinte e, nos termos do art. 147 do RPAF, indefere o pedido de prova pericial, por considerar suficientes à formação dos julgadores os elementos contidos nos autos.

No mérito, tece as seguintes considerações:

#### VOTO

[...]

*Em seguida, da análise das razões de mérito verifica-se que, com relação à infração 1, a base fundamental da insurgência do sujeito passivo reside na alegação de que os produtos não escriturados corresponde a mercadorias de consumo e que houve despesas, apontadas na infração, devidamente registradas, como também contesta o índice de proporcionalidade aplicado pelo autuante, por não ter qualquer respaldo em norma legal, o onerando por infração inexistente. Por fim, caso restasse comprovada a infração, defende a aplicação de multa de 1%, nos termos do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96.*

*Quanto à alegação de que se trata de materiais de uso e consumo, há de se esclarecer que, com base na presunção legal prevista no art. 4º, §4º, IV, da Lei nº 7.014/96, salvo prova em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto, presumindo-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que se verificar entradas de mercadorias ou bens não registrados. Tal presunção legal decorre do fato de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas realizadas e também não contabilizadas.*

*Sendo assim, neste caso, por presunção legal, o que se exige é o imposto sobre as operações anteriores relativas às mercadorias tributadas e não oferecidas à tributação, cuja receita foi omitida e serviu de suporte financeiro para as aquisições não registradas. Em consequência, não há de se falar de que se trata de aquisição de materiais de uso e consumo (óleo diesel), pois, na verdade, não é desta mercadoria que se exige o imposto, mas, sim, de mercadorias desconhecidas e anteriormente vendidas sem documentação fiscal, cuja receita serviu de suporte financeiro à aquisição do material de uso e consumo, não registrado.*

*Quanto ao argumento do autuado de que houve despesas, apontadas na infração, devidamente registradas, do que, como prova de sua alegação, apresenta tabelas sob título de “NOTAS FISCAIS ESCRITURADAS – REGISTRO DE ENTRADAS”, às fls. 324 a 326 dos autos, como também anotações manuscritas de datas às fls. 370 e 371 dos autos, há de se esclarecer que tal expediente, sem juntar cópia do lançamento no livro Registro de Entradas e, em consequência, na escrita contábil, como prova de suas alegações, conforme determina os artigos 132, II, e 133 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não comprovou o efetivo registro das notas fiscais na escrita do contribuinte, de modo a desonerar-lo do ônus de tornar improcedente a presunção legal.*

*Eis a razão de não se aplicar a multa de 1%, nos termos do art. 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, a qual se destina ao caso de o contribuinte apenas não registrar a nota fiscal na escrita fiscal, porém, comprovadamente, a ter contabilizado.*

*Inerente à contestação do índice de proporcionalidade aplicado pelo autuante, por não ter qualquer respaldo em norma legal, há de se esclarecer que tal aplicação do índice de proporcionalidade é mais benéfico ao contribuinte, pois o valor da exigência reduz proporcionalmente às operações tributáveis, excluindo da cobrança os valores relativos às saídas isentas e outras, em decorrência do preceito ínsito na presunção legal de “salvo prova em contrário”, tendo a jurisprudência deste CONSEF adotado a premissa de que o fato de o contribuinte operar com outros tipos de tributação (isentas e com substituição tributária), deve a presunção legal se restringir proporcionalmente às operações com mercadorias tributadas, o que já explica o cálculo da apuração do aludido índice, cuja regulamentação, repita-se decorre do entendimento de que tais circunstâncias (operações isentas e outras) já servem como prova em contrário, cuja regra foi consubstanciada no próprio art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96 e o modus operandi na Instrução Normativa nº 56/2007.*

*Diante de tais considerações, a primeira infração é subsistente.*

*No tocante à infração 2, em suma, o defendente alega exigência de: tributos já quitados; produtos sujeitos à antecipação parcial (“Paratudo”, “Esponja Açó”, “Refr Docile”, “Refr Tandy”, “Sabão Pó”, “Aparelho Bar.”, “Farinha Trigo”, “B. Lac. UHT” e “Açúcar”), do que destaca que “...um produto só se sujeita ao Regime de Substituição Tributária, quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma tributária vigente, art. 289 e anexo 1 do RICMS-BA12.”*

*Por sua vez, o autuante, quando da sua informação fiscal, acatou a alguns valores pagos, manteve a substituição tributária relativa aos produtos: Paratudo, NCM 2206.00.90; Refresco Docile, NCM 2106.90.10; farinha de trigo, pois foram excluídos os pagamentos efetuados através dos DAE, e Bebida Láctea UHT, NCM 2202.90.00, concluindo pela procedência parcial da infração, no valor de R\$200.568,48, consoante nova planilha da Antecipação Tributária, às fls. 505/507 dos autos.*

O autuado, em nova manifestação, reitera sua alegação de que não se incluem no rol da substituição tributária os produtos: Refresco Docile, Refresco Tandy (“quisuco”), Beb. Lac. UHT CHOC, os quais não possuem, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma tributária vigente. Já a Farinha de Trigo, informa que as notas fiscais nº 67040 e 67041 foram devidamente pagas pela empresa emitente, conforme GNRE no valor de R\$70.279,16, sendo este valor referente a toda movimentação do mês, do que aduz inexistir valores a recolher.

Da análise das razões acima relatadas observa-se que a lide remanesce apenas em relação aos produtos:

1. Refrescos Docile e Tandy, os quais o autuado defende não se incluírem no regime de substituição tributária, compreendido no item 37 do Anexo 1 do RICMS/12, já que são consumidos juntamente com água, tipo “k-suco”, e não ao preparado em máquinas (pré-mix e post-mix), devendo ser considerado como produto sujeito à antecipação parcial;
2. Bebida Láctea UHT CHOC. (Todynho) por não se incluir como bebida energética ou isotônica, compreendida no item 6 do Anexo 1 do RICMS/12, devendo ser considerada como produto sujeito à antecipação parcial;
3. Farinha de Trigo, visto que o ICMS/ST das Notas Fiscais nos 67040 e 67041 foram devidamente pagas pela empresa emitente, conforme GNRE no valor de R\$70.279,16.

Concordo com as alegações de defesa de que não se enquadram no regime de substituição tributária os aludidos refrescos e bebida láctea, cujos produtos, em que pese consignarem NCM previstas nos citados itens do Anexo 1, não se enquadram na descrição dos produtos os quais se quer abranger com o regime de substituição tributária, conforme razões expostas pelo autuado.

Inerente à alegação que o ICMS/ST da farinha de trigos das Notas Fiscais nos 67040 e 67041 foi pago pelo emitente, conforme GNRE no valor de R\$70.279,16, à fl. 536 dos autos, vislumbro que a aludida guia consigna: o mesmo emitente das citadas notas fiscais (J. MACEDO S/A); o Estado da Bahia como unidade favorecida; o Protocolo ICMS 46/00, relativo ao produto farinha de trigo e o período de referência 06/2013, o qual coaduna com a emissão das notas fiscais. Já às fls. 537 e 538 dos autos constam memória de cálculo dos valores relativos às referidas notas fiscais (R\$5.870,11 contra R\$6.078,99 exigido – fl. 13) e o comprovante de pagamento, não tendo o preposto fiscal que prestou a informação fiscal, à fl. 544 dos autos, se insurgido especificamente, à tais documentos. Sendo assim, após confirmar o recolhimento no Sistema da SEFAZ, concluo que não prevalece a exigência do ICMS antecipação tributária da farinha de trigo, relativo às citadas notas fiscais nº 67040 e 67041, relativas ao mês de julho/13, e sequer o valor remanescente (R\$208,88) inerente à diferença entre o recolhido através da GNRE e o reclamado, em relação as citadas notas fiscais, uma vez que, nos termos do Protocolo ICMS 46/00, o responsável pela retenção e recolhimento do imposto é o remetente (J Macedo S/A), na condição de contribuinte substituto tributário inscrito no Estado da Bahia, inexistindo, neste caso, a responsabilidade solidária do adquirente, conforme prevista no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96.

Assim, a partir da planilha às fls. 505/507 do PAF, devem-se excluir da infração 2 os valores exigidos do ICMS por antecipação, relativos aos produtos: “REFR. DOCILE”; “REFR. TANDY” e “B. L UHT CHOC”, como também excluir, no mês de julho/13, o valor exigido de R\$6.078,99, inerente ao produto farinha de trigo, conforme errata a seguir:

[...]

Diante de tais considerações, a segunda infração é subsistente em parte, no valor de R\$187.216,25.

Quanto à infração 3, o autuante após analisar as alegações de defesa concluiu por agravar a exação de R\$14.173,95 para R\$14.386,95, consoante planilha da Antecipação Parcial, às fls. 508 a 514, em razão da correção de erro material no mês de outubro de 2012 [diferença de ICMS Devido e ICMS Pago (fls. 18: R\$4.621,81 – R\$1.872,57 = R\$2.536,24 contra fls. 511: R\$4.621,81 – R\$1.872,57 = R\$2.749,24)].

Por sua vez, em nova manifestação, o autuado aduz que o fisco concorda com a procedência das alíquotas do leite em pó, vinagre, farinha e diz que não encontrou o produto margarina em sua planilha. Porém, o defendente destaca que:

1. a margarina consta das Notas Fiscais nos 2682439 e 2682438, referentes ao mês de 10/12; Notas Fiscais nos 83747 e 83746, referentes ao mês de 05/13, e Nota Fiscal nº 440687, referente ao mês de 11/13, não tendo o fisco promovido a alteração da planilha;
2. no mês de fevereiro/12 o fisco continua exigindo ICMS referente ao vinagre;
3. em outubro/12 o fisco altera sua planilha e inclui o imposto sobre margarina, o que ocasiona divergência em seus cálculos;
4. em junho/13 o fisco alterou sua planilha, incluindo o produto Farinha Torrada Saco 50 kg, o qual é isento de ICMS;
5. no mês de novembro/13 o fisco alterou sua planilha, incluindo o produto Margarina.

*Da análise da planilha “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, às fls. 508 a 514 dos autos, e das remanescentes razões de defesa, decorrem as seguintes conclusões:*

- 1. Efetivamente constam da planilha as citadas notas fiscais, relativas ao produto margarina, com carga tributária nas operações internas de 10%, sendo, à época, prevista a de 7%, conforme art. 268, XXVII, do RICMS/12, sendo indevida a exigência da antecipação parcial do ICMS para o produto, nos valores de: R\$13,84; R\$433,71 (Notas Fiscais nos 2682439 e 2682438, referentes ao mês de 10/12); R\$3,29 (Notas Fiscais nos 83747 e 83746, referentes ao mês de 05/13) e R\$919,62 (Nota Fiscal nº 440687, referente ao mês de 11/13).*
- 2. Também se confirma a alegação de defesa de que no mês de fevereiro/12 mantém-se a exigência do ICMS antecipação parcial do produto vinagre, em razão da aplicação da carga tributária nas operações internas de 10%, sendo, à época, prevista a de 7%, conforme art. 268, XXVII, do RICMS/12, devendo-se excluir o valor de R\$124,94, relativo à Nota Fiscal nº 57773, de fevereiro/12.*
- 3. Inexiste a alegada inclusão de margarina em outubro/12, pois todos os lançamentos originais (fls. 17/18) se mantêm na planilha de fls. 510 e 511 dos autos, em relação ao dito mês de outubro de 2012. A divergência nos total do valor no mês (R\$2.536,24 – fl. 18; e R\$2.749,24 – fl. 511) decorre da correção de erro material entre as colunas: ICMS Devido e ICMS Pago, conforme já relatado.*
- 4. Igualmente, inexiste inclusão, em junho de 2013, do produto Farinha Torrada Saco 50 kg, inerente às Notas Fiscais nos 258 e 259, as quais originalmente já constavam da planilha às fls. 20 dos autos e se mantiveram no levantamento de fls. 513 dos autos. Contudo, cabe razão ao autuado quando afirma se tratar de produto isento, conforme art. 265, II, b, do RICMS/12, sendo indevida a correspondente exigência do ICMS antecipação parcial no valor de R\$480,00, cuja importância deverá ser deduzida do total de R\$3.444,98, remanescendo a quantia de R\$2.964,98, em junho/13.*
- 5. Também, inexiste inclusão, em novembro/13, do produto margarina, inerente à nota fiscal nº 440687, a qual originalmente já constava da planilha às fls. 21 dos autos e se manteve no levantamento de fls. 514 dos autos, cuja nota fiscal já foi objeto de análise no item “1”.*
- 6. Por fim, na planilha “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, às fls. 508 a 514 dos autos, para o produto leite em pó, perdura a carga tributária nas operações internas de 10%, sendo, à época, prevista a de 7%, conforme art. 268, XXV, do RICMS/12, sendo indevida a exigência para este produto, nos valores de: R\$153,00; R\$459,00 e R\$918,00 (notas fiscais nº 163 e 162), referentes ao mês de abril/12.*

*Assim, a partir da planilha às fls. 508 a 514 dos autos e das conclusões acima especificadas, devem-se excluir da infração 3 os valores relativos aos itens “1”, “2”, “4” e “6”, conforme errata a seguir:*

*[...]*

*Diante de tais considerações, a terceira infração é subsistente em parte, no valor de R\$10.881,55.*

*Finalmente, em relação à quarta infração, na qual se exige ICMS de R\$7.829,35, apurado através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2012 e 2013, conforme demonstrada às fls. 25 e 26 dos autos, verifica-se que o preposto fiscal, com base no Balancete Analítico da empresa, à fl. 27 dos autos, inerente ao exercício de 2013, constatou o saldo inicial da conta “Fornecedores”, relativo à empresa BUNGE ALIMENTOS S/A, de R\$21.044,00 e o saldo final de R\$52.756,93, do que se fundamentou para a exigência, ora em análise.*

*Há de se esclarecer que a Conta Fornecedores se destina a lançar as obrigações decorrentes da contrapartida de compras a prazo de mercadorias, devendo, no caso concreto, a partir do saldo remanescente do exercício 2012 (saldo inicial do exercício de 2013), incluir a crédito as compras a prazo do exercício seguinte e abater a débito os pagamentos das duplicatas realizados, de modo a se apurar o saldo contabilizado no final do exercício de 2013. Logo, a configuração da dita conta, específica à BUNGE ALIMENTOS S/A, é: saldo inicial + compras - pagamentos = saldo final.*

*Assim, uma vez declarado pelo contribuinte em sua escrita contábil que o saldo da aludida conta “Fornecedores”, relativa à BUNGE ALIMENTOS S/A, do exercício de 2013 é de R\$52.756,93, vale dizer que tal importância já está compreendida do saldo inicial (final de 2012) de R\$21.044,00, cujos montantes, deduzidos de valores informados como pagos pelo fornecedor, foram considerados pelo fisco como bases de cálculo de operações omissas, consoante art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, que a alíquota de 17% resultaram no ICMS exigidos de R\$3.545,08 e R\$4.484,27, nos anos de 2012 e 2013.*

*Contudo, como já dito, por ter o fisco procedido à auditoria da conta “Fornecedores”, específica à BUNGE ALIMENTOS S/A, também no exercício de 2013, cujo saldo contabilizado pelo contribuinte, no montante de R\$52.756,93 estava inflado do passivo fictício de R\$20.853,40 (fl. 25), relativo ao exercício de 2012, deve-se excluir tal valor do passivo fictício apurado em relação ao exercício de 2013, no montante de R\$26.378,07 (fl. 26), resultando na base de cálculo de R\$5.524,67 (R\$26.378,07 - R\$20.853,40), que a alíquota de 17% resulta o ICMS exigido no exercício de 2013 de R\$939,19.*

*Há de se ressaltar que tal procedimento visa a evitar a exigência em duplicidade, uma vez que a base de cálculo do passivo fictício do exercício de 2012 estava inclusa na base de cálculo do passivo fictício do exercício de 2013, fato este notório por se tratar da mesma ação fiscal.*

*A existência de passivo fictício é uma presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, de que o contribuinte realizou, no próprio exercício, pagamentos de tal ordem de grandeza e não os contabilizou, mantendo a dívida de forma fictícia, por se tratar de receitas também não contabilizadas, cujo ônus da prova em contrário é do contribuinte que não se desincumbiu de exercê-la, comprovando o efetivo pagamento das duplicatas, relativas ao saldo contabilizado como devido, em período posterior.*

*Diante de tais considerações, a quarta infração é subsistente em parte, no valor de R\$4.484,27, sendo R\$3.545,08, em 31/12/2012, e R\$939,19 em 31/12/2013, devendo-se corrigir as datas de vencimento e de ocorrência relativas ao exercício de 2012, consignadas no Auto de Infração.*

*Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$225.604,43.*

No Recurso Voluntário, às fls. 567 a 593 dos autos, o recorrente, após transcrever a Decisão recorrida (fls. 568/579) informa apenas os pontos de discordância com o julgamento, consoante termos a seguir:

Em relação à infração 1, o recorrente aduz que havia feito uma planilha onde constava a relação das notas fiscais registradas, mas não anexou cópia do livro Registro de Entradas, com as respectivas notas devidamente registradas. Para a devida comprovação, quando do Recurso Voluntário, anexa cópia do referido livro, extraída do arquivo digital SPED ECF e cópia do referido arquivo entregue, conforme anexo 1 de seu Recurso Voluntário.

No tocante à infração 2, o recorrente diz discordar apenas da infração referente ao mês de agosto de 2013, onde os eméritos julgadores concordam com a infração do Fisco, cobrando o ICMS sobre o produto “B. LAC. UHT” (NF 323420), no valor de R\$824,26, e referente ao produto Açúcar (NF 47245), no valor de R\$3.520,73, perfazendo um total de R\$4.144,99.

Em seguida, o recorrente aduz que, com referência à Nota Fiscal de nº 323420, onde o Fisco apura um valor a recolher de R\$824,25, referente ao produto “B. LAC. UHT”, NCM 2202.90.00, informa que o Fisco se equivocou ao calcular o produto “B. LAC. UHT” como substituição tributária, que de acordo com o Anexo I, no item 6, diz: “Bebidas energéticas e isotônicas – 2106.90 e 2202.9)”, que de acordo com o Parecer nº 14.372/2012, trata-se de: “Um produto está sujeito ao Regime de Substituição Tributária, quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma tributária vigente. Art. 289 e anexo 1 do RICMS-BA/12”.

E com referência à Nota Fiscal de nº 47245, produto açúcar, o recorrente afirma que o mesmo foi pago conforme cópia da GNRE (anexo 2).

Portanto, segundo o recorrente, nesta infração não existe imposto a recolher (referente ao mês 08/13).

No que diz respeito à infração 3, o recorrente aduz que o Fisco concordou em parte com algumas de suas alegações e, por sua vez, a JJF fez as retificações devidas, as quais foram baseadas na planilha retificada pelo autuante.

Entretanto, o recorrente, por discordar, apresenta novas planilhas no sentido de comprovar que:

1. não houve recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial no mês de janeiro/12, após comprovar o recolhimento da antecipação parcial, às fls. 619/623 dos autos;
2. houve recolhimento a maior do ICMS antecipação parcial nos meses de: fevereiro/12, conforme documentos às fls. 624/635, no valor de R\$1.026,68, a ser compensado; abril/12, conforme documentos às fls. 637/646, no valor de R\$1.244,43, a ser compensado;
3. houve recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial nos meses de: outubro/12, no valor de R\$115,79, conforme documentos às fls. 649/667; maio/13, no valor de R\$1.778,55, conforme documentos às fls. 668/678; junho/13, no valor de R\$2.957,06; conforme documentos às fls. 687/703; novembro/13, valor de R\$46,43, conforme Decisão recorrida.

Assim, diante de tais considerações, o recorrente concluiu que remanesce o valor da infração 3 em R\$2.626,68 (R\$4.897,79 – R\$2.271,11).

Por fim, na infração 4, o recorrente apresenta documentos que diz destituir a acusação de passivo fictício nos exercícios de 2012 e 2013, conforme documentos às fls. 704 a 711 dos autos.

Às fls. 725 dos autos, em Sessão de Pauta Suplementar realizada em 28/08/2017, esta 1ª CJF decidiu converter o PAF em diligência à ASTEC para análise da documentação apensada no Recurso Voluntário, tendo esta Assessoria Técnica, através do Parecer nº 22/2018, às fls. 728 a 731, apresentado as seguintes considerações:

1. Na infração 01, foram verificadas as provas trazidas pelo Contribuinte em Recurso Voluntário do Registro das Notas Fiscais, através lançamento no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias, constantes às fls. 595 / 607, sendo que as alterações efetuadas só abrangeram os meses de junho/2012, novembro/2012 e dezembro/2013, tendo em vista as comprovações do registro das notas fiscais no livro Registro de Entradas de Mercadorias pelo autuado. Foi elaborado novo demonstrativo, conforme fls. 732 / 735.
2. Na infração 03, foi verificado o pagamento da Antecipação Parcial com base nos DAE's apresentados pelo contribuinte, sendo elaborado novo demonstrativo da infração, conforme fls. 736 / 755.
3. Em relação à infração 04 foi verificada a comprovação de pagamento de obrigações registradas em seu passivo, refazendo o demonstrativo da infração, conforme a seguir: (...)

Em seguida, o diligente anexa demonstrativos, às fls. 732 a 755 dos autos, e conclui que os débitos remanescentes da infração 1 é de R\$15.051,92 e da infração 3 de R\$10.881,55, do que foi dada ciência ao sujeito passivo e a preposto fiscal estranho ao efeito, tendo em vista o autuante se encontrar afastado de suas funções, os quais não se pronunciaram sobre o resultado da diligência.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, quanto às quatro exações do Auto de Infração.

Inerente à primeira infração, o contribuinte logrou êxito em elidir parcialmente a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, IV, da Lei nº 7.014/96, pela qual, salvo prova em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto, presumindo-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que se verificar entradas de mercadorias ou bens não registrados, cuja presunção legal decorre do fato de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas realizadas e também não contabilizadas.

Portanto, conforme ocorreu às fls. 595 a 610 dos autos, o recorrente ao comprovar o registro fiscal de parte das notas fiscais relacionadas às fls. 22 a 24 dos autos, as quais davam sustentação à acusação fiscal, elidiu parcialmente presunção legal, fato este corroborado através do Parecer da ASTEC nº 22/2018, às fls. 728 a 731 dos autos, pelo qual o diligente confirmou que, em relação aos meses de junho/2012, novembro/2012 e dezembro/2013, restou comprovado os registros das notas fiscais, apresentados em sede de Recurso Voluntário, no livro Registro de Entradas.

Sendo assim, sem maiores delongas, diante de tal constatação por preposto fiscal estranho ao feito, cujo resultado da diligência o contribuinte tacitamente concorda, remanesce o valor de R\$15.051,91 para a infração 1, consoante demonstrativo às fls. 731 dos autos. Modificada a Decisão recorrida.

No tocante à segunda infração, pela qual se exige o ICMS por antecipação no valor de R\$211.253,24, tendo a Decisão recorrida o julgado subsistente em parte no valor de R\$187.216,25, conforme consta à fl. 553 dos autos, em razão, dentre outras, de considerar “*Bebida Láctea UHT CHOC. (Todynho), por não se incluir como bebida energética ou isotônica, compreendida no item 6 do Anexo 1 do RICMS/12, devendo ser considerada como produto sujeito à antecipação parcial*”.

Portanto, resta cristalino que “*Bebida Láctea UHT CHOC*” deveria ser expurgado da infração, o

que não ocorreu, em relação à NF nº 323420, relativa à competência de agosto de 2013, o que já demonstra a procedência da razão recursal relativa a este item, que remanesceu indevidamente no demonstrativo ínsito na Decisão recorrida, como se pode comprovar ao cotejar às fls. 506 e 553 dos autos.

Da mesma forma ocorreu no próprio mês de agosto de 2013, em relação à NF nº 47245, relativa ao item “Açúcar”, cujo ICMS-ST exigido de R\$3.320,73 (fl. 506) foi recolhido através de GNRE, conforme provam os documentos às fls. 612 e 613 dos autos.

Em consequência, a infração 2, julgada subsistente em parte no valor de R\$187.216,25 (fls. 553), remanesce no valor de R\$183.071,26, após exclusão de R\$4.144,99, relativo ao mês de agosto/2013. Modificada a Decisão recorrida.

Quanto à terceira infração, pela qual se exige o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial de R\$14.173,95, tendo a JJF a julgada subsistente em parte no valor de R\$10.881,55, conforme consta à fl. 554 dos autos, há de salientar que em razão das provas documentais apensadas ao Recurso Voluntário, às fls. 614/703 dos autos, comprovam em parte o pagamento da Antecipação Parcial, conforme a seguir explicitado:

– Mês de janeiro de 2012.

Foi recolhido o valor originalmente exigido do ICMS antecipação parcial de R\$2.513,58 (fls. 15), como provam os documentos às fls. 614 a 623 dos autos, inexistindo diferença a recolher (fl. 582);

– Mês de fevereiro de 2012.

O valor originalmente exigido do ICMS antecipação parcial de R\$3.780,75 (fls. 16) foi recolhido na monta de R\$4.807,43, como provam os documentos às fls. 624/635 dos autos, inexistindo valor a recolher (fl. 584);

– Mês de abril de 2012.

Do ICMS antecipação parcial exigido de R\$4.843,70 (fls. 17) foi recolhido R\$4.267,02, como provam os documentos às fls. 637/648 dos autos, remanescendo a diferença a recolher de R\$576,68 (fl. 585);

– Mês de outubro de 2012.

Do ICMS antecipação parcial exigido de R\$4.621,81 (fls. 18), deve-se excluir o valor de R\$447,55 (margarina/cf Decisão recorrida) e R\$5,50 (flocos), em razão da carga tributária interna de 7%, o que resulta o ICMS a exigir de R\$4.168,76, sendo recolhido R\$4.052,95, como provam os documentos às fls. 649/667 dos autos, remanescendo a diferença a recolher de R\$115,81 (fl. 586);

– Mês de maio de 2013.

Do ICMS antecipação parcial exigido de R\$8.752,19 (fls. 19), deve-se excluir o valor de R\$233,50 (margarina/flocão/vinagre), o que resulta o ICMS a exigir de R\$8.518,69, sendo recolhido R\$6.740,14, como provam os documentos às fls. 668/686 dos autos, remanescendo a diferença a recolher de R\$1.778,55 (fl. 587);

– Mês de junho de 2013.

Do ICMS antecipação parcial exigido de R\$7.235,36 (fls. 20), deve-se excluir o valor de R\$487,92 (farinha/flocão), o que resulta o ICMS a exigir de R\$6.747,44, sendo recolhido R\$3.790,38, como provam os documentos às fls. 687/703 dos autos, remanescendo a diferença a recolher de R\$2.957,06 (fl. 588);

– Mês de novembro de 2013.

Do ICMS antecipação parcial exigido de R\$5.951,54 (fls. 21), deve-se excluir o valor de R\$919,62 (margarina), o que resulta o ICMS a exigir de R\$5.0351,92, sendo recolhido R\$4.985,49 (fl. 21),

remanescendo a diferença a recolher de R\$46,43(fl. 589).

Diante de tais considerações, a infração 3 remanesce no valor de R\$5.474,53, sendo: R\$576,68, referente ao mês de abril/12; R\$115,81 ao mês de outubro/12; R\$1.778,55 ao mês de maio/13; R\$2.957,06 ao mês de junho/13 e R\$46,43 ao mês de novembro/13.

Registre-se, ainda, não haver possibilidade de compensação dos valores recolhidos a mais com os débitos remanescentes, como pretende o recorrente, pois tais valores do ICMS antecipação parcial recolhidos são, em seguida, creditados no próprio mês que ocorreu o recolhimento. Logo, tais valores recolhidos a mais já foram objeto de creditamento pelo sujeito passivo.

Por fim, em relação à quarta infração, relativa a exigência do ICMS de R\$7.829,35 sob a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, nos exercícios de 2012 e 2013, igualmente restou comprovada a insubsistência da infração, diante das provas documentais anexadas ao Recurso Voluntário, às fls. 704 a 711 dos autos, pelas quais, após análise do preposto da ASTEC, se concluiu pela improcedência da infração, de cujo resultado acompanho. Modificada a Decisão recorrida.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$203.598,02, sendo: R\$15.051,93, relativo à infração 1; R\$183.071,56, à infração 2, e R\$5.474,53, à infração 3.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **298576.0011/15-7**, lavrado contra **ELBA ADRIANA CARNEIRO SOUZA MAGALHÃES - ME.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$203.598,02**, acrescido das multas de 60% sobre R\$188.546,09 e 100% sobre R\$15.051,93, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS