

PROCESSO - A. I. Nº 018184.0301/06-8
RECORRENTE - PANNAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0262-03/06
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 16/05/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0109-11/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Comprovado o recolhimento a menos do imposto, após inclusão das notas fiscais colhidas pelo CFAMT e destinadas ao contribuinte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DO PERCURSO. Imposto exigido também aos contribuintes inscritos no SIMBAHIA. Infrações comprovadas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração apurada através das notas fiscais colhidas pelo CFAMT e destinadas ao contribuinte. Razões recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Exigências comprovadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 3ª JF – Acórdão JF nº. 0262-03/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual foi lavrado em razão:

1. Do recolhimento a menos do ICMS, no montante de R\$ 72.598,55, na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP) enquadrada no SimBahia, inerente ao período de dezembro/2003 a fevereiro/2005 e abril/2005 a dezembro/2005, conforme demonstrativos de débito, relação das notas fiscais de aquisições entregues pelo contribuinte, relação e fotocópias das notas fiscais lançadas no CFAMT e não entregues à fiscalização e demonstrativo das notas fiscais de venda.
2. Da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, no valor de R\$ 1.602,11, relativo ao mês de março/2005, na condição de EPP enquadrada no regime SimBahia.
3. De deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 9.683,04, relativo aos meses março/04 a setembro/04; novembro/04; janeiro/05 a março/05; maio/05 a outubro/05, na condição de EPP, inerente às aquisições interestaduais de mercadorias.
4. Do recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$ 1.727,19, relativo aos meses de abril/04; outubro/04; novembro/05 e dezembro/05.
5. De deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 5.940,83, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88, relativo aos meses outubro e dezembro de 2003; julho e dezembro de 2004; fevereiro a abril de 2005 e junho a novembro de 2005.
6. Do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 3.027,23, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88, relativo aos meses novembro de 2003; junho, outubro e novembro de 2004.

7. De deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 6.063,48, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88, nos exercícios de 2004 e 2005, inerentes às mercadorias constantes das notas fiscais retidas no trânsito de mercadorias (CFAMT) e não apresentadas pelo contribuinte.

A Decisão recorrida foi de que, quanto à infração 01, a autuante elaborou demonstrativo às fls. 14 a 27 e 72 a 107, comprovando o recolhimento a menor na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime SimBahia. Salienta que os valores relativos à receita bruta ajustada da empresa foram apurados com base nas notas fiscais emitidas pelo autuado e o montante das aquisições de mercadorias e serviços, conforme notas fiscais fornecidas pelo contribuinte e notas fiscais coletadas no Sistema CFAMT, cujos remetentes são fornecedores habituais do autuado e as mercadorias adquiridas estão inseridas no rol de produtos comercializados pelo defendente, fato não contestado nas suas alegações defensivas, sendo que a simples negativa da não aquisição das mercadorias não macula a exigência fiscal. Assim, mantém a exigência fiscal.

Inerente à segunda infração, foi ressaltado que o autuado não acostou aos autos a comprovação do recolhimento do imposto devido. Mantém a exigência fiscal.

Com relação à infração 03, a Decisão recorrida foi de que o regime de antecipação parcial está previsto no art. 352-A do RICMS-BA, sendo obrigatório o recolhimento do ICMS sob a égide do referido regime. Salienta que a autuante elaborou demonstrativo acostado aos autos, às fls. 28 a 36, comprovando a irregularidade. Mantém a exigência fiscal.

Relativamente às infrações 04 e 07, registra que a simples negativa da não aquisição das mercadorias não macula as exigências fiscais, pois os demonstrativos às fls. 31 a 39 comprovam as irregularidades fiscais. Contudo corrige a data da ocorrência do fato gerador do primeiro item da infração 04, no valor de R\$ 327,59, para 30/04/2005 e a data do vencimento para 09/05/2005 (fls. 25 e 33). Assim, entende caracterizadas as infrações.

Quanto às infrações 05 e 06, aduz que o impugnante também não acosta aos autos as provas das suas alegações, não apresentando o comprovante de recolhimento do imposto exigido, e as planilhas elaboradas pela autuante demonstram a certeza da acusação. Mantém as exigências.

Inconformado com a Decisão proferida o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 291 a 295 dos autos, onde ressalta que não pode ser submetido ao ônus da prova de fato negativo. Destaca que a lição do tributarista Hugo de Brito Machado, invocada na defesa, sequer foi objeto de comentário pela Junta, evidenciando não dispor de argumentos jurídicos e administrativos para enfrentá-la, do que passa a transcrever, na qual se ressalta que:

“O tributo somente é devido se ocorre o fato que, nos termos da lei, cria a obrigação tributária correspondente. Seria, assim, absurdo admitir que o contribuinte teria de pagar um tributo apenas porque não teve condições de provar a inoccorrência de determinado fato.”

“No processo administrativo fiscal para apuração e exigência do crédito tributário, ou procedimento administrativo de lançamento tributário, autor é o Fisco. A ele, portanto, incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que serve de suporte à exigência do crédito que está a constituir.”

“Se no processo administrativo fiscal são violadas as regras concernentes ao ônus da prova, pode dar-se a nulidade da Decisão correspondente, sem questionar-se o mérito desta. É o caso de nulidade por vício formal (HUGO MACHADO, Mandado de Segurança em Matéria Tributária, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, págs. 306 e 307).”

Em seguida, aduz o recorrente ser a exigência fiscal inconstitucional, cruel e descabida, pois a legislação que criou a antecipação parcial do ICMS para os pequenos e médios empresários da Bahia bate de frente com o art. 179 da Constituição Federal que expressamente diz:

“Artigo 179 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico

diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Sustenta o recorrente que o Governo da Bahia fez exatamente o inverso, pois ao invés de eliminar ou reduzir tributos devidos pelos pequenos e micros, os aumentou, duplicou. Uma vez que exige que o pequeno e o micro empresário paguem a antecipação parcial na entrada da mercadoria no Posto Fiscal de fronteira e na venda, sem direito a qualquer crédito fiscal a deduzir do imposto pago nas saídas, acarretando carga tributária mais elevada que aqueles que recolher o imposto pelo regime normal de apuração.

Assim, conclui que não tem como pagar o ICMS exigido se já foi pago quando vendeu as mercadorias que deu origem ao seu fato gerador, pois, *in casu*, estaria pagando o mesmo tributo duas vezes (*bis in idem*).

Requer seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida.

Em seu Parecer, às fls. 300 e 301 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por considerar que é entendimento recorrente no CONSEF de que a existência de notas fiscais regularmente emitidas e que tenham comprovadamente circulado na Bahia é prova suficiente de aquisição pelos destinatários mencionados das mercadorias indicadas. Ressalta que o recorrente não apresenta qualquer argumento ou prova do não recebimento das mercadorias. Destaca que a presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96 está, pois, caracterizada.

Quanto à infração de falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, aduz não caber ao CONSEF apreciar alegação de inconstitucionalidade da lei estadual, devendo aplicá-la até que o Poder Judiciário competente a retire do ordenamento jurídico vigente, conforme art. 167 do RPAF.

Reafirma a constitucionalidade e legalidade da norma jurídica que impõe aos contribuintes, em determinada situação, o recolhimento antecipado do ICMS nas aquisições interestaduais para comercialização, do que transcreve parte do artigo publicado no Jornal A TARDE de 01/05/2005, onde a questão foi tratada com muita propriedade pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário onde o recorrente apresenta como razões apenas as questões de que não pode ser submetido ao ônus da prova de fato negativo, relativo ao fato de que não recebeu as mercadorias constantes das notas fiscais colhidas pelo CFAMT, como também de ser a antecipação parcial do ICMS para os pequenos e médios empresários da Bahia inconstitucional, cruel e descabida, pois a legislação que criou bate de frente com o art. 179 da Constituição Federal, concluindo pela duplicidade da sua tributação.

Da análise de suas razões recursais concluo que tais fatos se relacionam, unicamente, às infrações: 1, 3, 4 e 7 do Auto de Infração. Logo, as demais não são objeto do Recurso Voluntário.

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).

De pronto, observo que tais razões do Recurso Voluntário já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração, sendo analisadas pela JJF, em Decisão fundamentada.

Devo ressaltar que os referidos argumentos do Recurso Voluntário são insuficientes para provocar a reforma da Decisão recorrida, uma vez que o recorrente não apresenta qualquer argumento novo a ser apreciado, nem provas capazes de elidir estas imputações.

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.

Quanto à questão de que é inconstitucional a antecipação parcial do ICMS para os pequenos e médios empresários da Bahia, relativas às infrações 3 e 4 do Auto de Infração, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS, no qual preconiza que não cabe ao CONSEF apreciar alegação de inconstitucionalidade da lei estadual, devendo aplicá-la até que o Poder Judiciário competente a retire do ordenamento jurídico vigente, conforme art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Assim, diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE.

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 **018184.0301/06-8**, lavrado contra **PANNAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$100.642,43**, acrescido das multas de 50% sobre R\$85.610,89 e 60% sobre R\$15.031,54, previstas no art. 42, I, “b-3”, e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS