

A. I. Nº - 232185.0003/08-6
AUTUADO - GILENO PAIXÃO NOVAIS LEITE
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 25. 11. 2008

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0390-01/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado comprovou que parte dos valores arrolados na autuação fora objeto de recolhimento antes do início da ação fiscal. Fato acatado pelo autuante. Infrações parcialmente subsistentes. **c)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. Demonstrado nos autos que a exigência diz respeito a mercadoria não destinada a comercialização, descabendo a exigência da antecipação do imposto. Infração insubstancial. 2. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Quando contribuinte do imposto efetua pagamentos mas não os contabiliza, esse fato denuncia que os pagamentos foram efetuados com recursos que não constam na contabilidade, ou seja, com receitas de origem não conhecida, e a lei autoriza que, em tal situação, se presuma que os recursos se referem a vendas de mercadorias anteriormente efetuadas e também não contabilizadas, ou seja, a empresa vendeu mercadorias sem Notas Fiscais, e, por conseguinte, sem pagamento do imposto. Essa presunção tem fundamento no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2008, exige ICMS no valor de R\$ 5.373,82, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. 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 relacionadas no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA], nos meses de fevereiro, março a maio e outubro de 2003, fevereiro de 2004, janeiro e março de 2005, fevereiro, julho e setembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 888,37, acrescido da multa de 60%;
2. Efetuou o 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 relacionadas no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA], nos meses de junho e julho de 2003, janeiro e junho de 2004, maio de 2005, março de 2006, março de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 443,97, acrescido da multa de 60%;

3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições-Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 136,00, acrescido da multa de 50%;

4. Falta de recolhimento do ICMS, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de setembro e dezembro de 2005, janeiro, fevereiro, abril e maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.905,48, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou defesa às fls. 254 a 258, rechaçando a infração 01, afirmando que não procedem as exigências referentes aos meses de fevereiro, abril e outubro de 2003, janeiro de 2005, julho e setembro de 2005, conforme abaixo:

- fevereiro de 2003 - Nota Fiscal nº 779.557, relativa à ocorrência do mês de fevereiro de 2003, o imposto no valor de R\$ 18,28, fora pago no dia 17/02/2003, conforme comprovante que anexa;
- abril de 2003 – Nota Fiscal nº 083575, o item 11, por se tratar de Achocolatado Moc Inst., não está sujeito à substituição tributária;
- outubro de 2003 –Nota Fiscal nº 415890, o imposto fora pago em 10/11/2003;
- janeiro de 2005 – Nota Fiscal nº 148981, foi devolvida integralmente no dia 28/01/2005, conforme Nota Fiscal de devolução nº 000483;
- julho de 2006 – Nota Fiscal nº 656339, o imposto foi antecipado na própria nota fiscal, conforme consta no campo valor do ICMS substituição;
- setembro de 2006 – Nota Fiscal nº. 0824617, o imposto fora pago em 01/09/2006. Nota Fiscal nº 0827033, o imposto fora pago na mesma data acima referida.

Com relação à infração 02, sustenta que não procede a exigência referente aos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2004, pelas seguintes razões:

- janeiro de 2004 – Nota Fiscal nº 018447, o imposto fora pago em 16/01/2004;
- fevereiro de 2004 – Nota Fiscal nº. 030767, o imposto fora pago em 30/01/2004;
- junho de 2004 – Nota Fiscal nº 415890, o imposto fora pago em 22/02/2004.

Atacando a infração 03, afirma que sobre a Nota Fiscal nº 000458, não incide o ICMS antecipação parcial por se tratar de prateleiras para uso da empresa.

Quanto à infração 04, afirma o autuado que não procede a exigência relativamente às seguintes notas fiscais, conforme explicitado abaixo:

- Nota Fiscal nº 051759, alega que se trata de frango congelado, mercadoria que se encontra com a fase de tributação encerrada. Alega, ainda, que não comprou tais mercadorias junto ao fornecedor, e que ao procurá-lo este afirmou não saber o que ocorreu. Diz que o emitente da nota fiscal é sonegador contumaz, possuindo processos administrativos e judiciais interpostos contra ele pelo Governo do Estado da Bahia. Aduz que não pode apresentar prova negativa, sendo o ônus da prova de quem alega, no caso, o autuante.
- Nota Fiscal nº 000458, diz se tratar de prateleiras para uso da empresa, inexistindo omissão de saídas, por não se tratar de produtos para revenda, mas para o ativo imobilizado;
- Nota Fiscal nº 172691 a mercadoria retornou , conforme registro feito na própria nota fiscal.
- Notas Fiscais nºs 0082940, 331118, 505672,505671, 034826,014363, 263693 e 527239, todas foram contabilizadas no livro Caixa e pagas nos dias de seus vencimentos, à exceção da Nota Fiscal nº 0082940 que foi paga no dia 28/03/2006.

Finaliza o autuado, requerendo a improcedência parcial das infrações 01 e 02 e a integral das infrações 03, 04 e 05.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 322, acatando as alegações defensivas referentes às infrações 01, 02 e 03. No que concerne à infração 04, afirma que somente não procede a alegação defensiva relativa à Nota Fiscal nº 458, haja vista que a infração imputada foi motivada pela existência de pagamento não contabilizado, do qual se presume omissão de saídas de mercadoria prévia que gerou o recurso para o pagamento não contabilizado.

Acrescenta que elaborou novos demonstrativos com as devidas retificações, sugerindo que seja reaberto o prazo para defesa nos termos do artigo 127, § 7º, do RPAF/99.

Conclui mantendo parcialmente a autuação.

VOTO

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado apresenta argumentos e elementos consistentes que espâncam, em parte, a exigência fiscal referente às infrações 01 e 02.

Assim é que, restou comprovado que o imposto exigido nestes dois itens da autuação é indevido, no que diz respeito às notas fiscais identificadas na peça defensiva, seja por ter sido pago antes do início da ação fiscal; seja por ter havido o retorno das mercadorias; ou, ainda, por não se tratar de mercadoria sujeita à antecipação tributária. Relevante registrar que o próprio autuante reconhece assistir razão ao autuado, quanto às suas alegações, excluindo as notas fiscais apontadas na peça de defesa, e elabora novo demonstrativo de débito para ambas as infrações, que ficam com a seguinte conformação:

Infração 01

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
31/03/2003	152,96
30/04/2003	3,16
31/05/2003	75,04
31/03/2005	0,97
28/02/2006	111,67
30/09/2006	72,10
Total	415,90

Infração 02

Data de Ocorrência	ICMS devido (R\$)
30/06/2003	5,42
31/07/2003	211,49
31/05/2005	26,04
31/03/2006	1,69
Total	244,64

Quanto à infração 03, constato que o autuado trouxe aos autos elementos que comprovam a insubsistência da autuação, haja vista que descabe a exigência do ICMS antecipação parcial na aquisição de bens destinado ao uso/consumo do estabelecimento. Observo que o próprio autuante acata a alegação defensiva. Infração insubsistente.

No tocante, à infração 04, dentre todas as notas fiscais arroladas neste item da autuação, constato que o autuado somente não comprova as suas alegações relativamente às Notas Fiscais nºs 051759 e 000458.

No que diz respeito à Nota Fiscal nº 051759, a alegação de que não comprou as mercadorias junto ao fornecedor, e que não pode apresentar prova negativa, sendo o ônus da prova de quem alega, devo 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, consequentemente, lhe foram entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha elidir as existentes nos autos.

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

“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.”

Portanto, cabe ao autuado o ônus da prova de que, efetivamente, não adquiriu junto ao fornecedor as mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 051759, mediante elementos de provas hábeis –legais ou judiciais -que indiquem o seu inconformismo contra o emitente da nota fiscal.

No que concerne à Nota Fiscal nº 00458, observo que assiste razão ao autuante, haja vista que, quando o contribuinte efetua pagamentos, porém, não os contabiliza, esse fato aponta que os pagamentos foram efetuados com recursos que não constam na contabilidade, ou seja, com receitas de origem desconhecida. Nesse caso, a lei autoriza que se presuma que os recursos se referem a vendas de mercadorias anteriormente efetuadas e também não contabilizadas, significando dizer que a empresa vendeu mercadorias sem notas fiscais, e, por consequência, sem pagamento do imposto. Trata-se de presunção relativa que tem fundamento no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Portanto, no caso, é irrelevante se a mercadoria é destinada ao ativo imobilizado ou para comercialização. Correta, assim, a manutenção dessa nota fiscal no levantamento fiscal.

Assim, após a exclusão dos valores relativos às notas fiscais apontadas pelo autuado, cuja alegação foi comprovada, remanesce a exigência do ICMS, apenas, quanto à omissão de receitas referente à Nota Fiscal nº 051759, no valor de R\$ 223,00, relativa à ocorrência de 30/09/2005, e referente à Nota Fiscal nº 00458, com ICMS no valor de R\$ 138,42, relativa à ocorrência de 31/12/2005, totalizando o ICMS devido no valor de R\$ 361,42. Infração parcialmente subsistente.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 04 são parcialmente subsistentes e a infração 03, integralmente insubsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232185.0003/08-6, lavrado contra **GILENO PAIXÃO NOVAIS LEITE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.021,96**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 660,54 e de 70% sobre R\$ 361,42, previstas no artigo 42, II, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE-RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR