

A. I. Nº - 207182.0050/15-6
AUTUADO - BAHIA SUL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO LIMA
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.09.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0164-04/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Restou comprovado que as operações constantes nos documentos fiscais que deram causa à autuação foram todos destinados ao autuado. Infração caracterizada. Exigência mantida. 2. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE EM RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CAIXA. SALDO CREDOR. NULIDADE. Acusação formulada contendo insegurança na determinação do valor da base de cálculo. Infração NULA. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, foi lavrado em 22/03/2016 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$42.342,38 em face das seguintes acusações:

1 – Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$40.691,16, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

2 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de Caixa. Foi lançado ICMS no valor de R\$1.651,22 com multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 326 a 330, onde, após descrever as imputações, destaca que os valores levantados pelo autuante tiveram como base, unicamente, cópias de DANFES, onde consta o seu nome como destinatário.

Afirma que tem consciência de que não adquiriu mercadorias no montante acusado no Auto de Infração, enquanto que o autuante não apresenta provas irrefutáveis de que as mercadorias tenham sido efetivamente e entregue-lhe portanto, não pode acusar recolhimento a menor de ICMS por antecipação, tendo-lhe como sujeito passivo, nem presunção de omissões derivadas de saldo credor de Caixa.

Diz que a simples emissão de uma nota fiscal eletrônica em nome de determinado contribuinte não constitui prova inequívoca de que este tenha de fato pedido e recebido os produtos a ele destinados na nota fiscal, nem sequer prova de que as mercadorias tenham circulado e adentrado o território do destinatário descrito na nota fiscal.

Nesse sentido, cita o Acórdão JJF nº 0131-05/13 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o qual considera taxativo, donde extraiu o seguinte excerto:

Encontrar-se autorizadas no sistema de controle de notas fiscais eletrônicas, não constitui prova do ingresso no estabelecimento de destino, devendo se observar outros

elementos, de forma que o conjunto probatório aponte em caráter incontestável para a entrada das mercadorias no estabelecimento do impugnante.

Com isso, diz que 5ª Junta de Julgamento Fiscal procurou cercar-se de provas robustas para proferir um julgamento isento de incertezas, a fim de não causar ao contribuinte danos, às vezes irreparáveis, destacando, ainda, que a cautela dos julgadores da 5ª JJF é fruto de vasta experiência e pleno conhecimento de que:

- nada impede que uma nota fiscal eletrônica seja emitida sem o conhecimento e consentimento do destinatário nela descrito;
- a simples emissão de uma nota fiscal eletrônica nem sequer prova que as mercadorias tenham circulado e adentrado o Estado do destinatário nela descrito.
- são frequentes as situações em que mercadorias são internalizadas nos estados de origem, tanto por interesse do vendedor, do comprador, ou de ambos.
- mesmo as mercadorias entrando no Estado da Bahia elas podem ser entregues a destinatários diversos dos descritos nas notas fiscais, pois vendedores inescrupulosos podem arquitetar vendas para um contribuinte utilizando-se da inscrição de outro, sem o conhecimento inclusive das empresas para as quais trabalham.

Diante do quanto acima explanado, afirma que os demonstrativos das Infrações 01 e 02 foram levantados simplesmente a partir de DANFEs, relativos às notas fiscais eletrônicas emitidas em seu nome, o que a leva a contestar o Auto de Infração em tela, pelas razões a seguir:

- Os demonstrativos apresentados pelo preposto fiscal contêm relação de notas fiscais que lhe são desconhecidas e que, portanto, suas correspondentes mercadorias não foram pedidas nem por ela recebidas.

- O preposto fiscal não acostou aos autos elementos que comprovem as aquisições das mercadorias, tais como:

a) cópias dos pedidos das mercadorias;

b) cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias. Aliás, no *Layout* do DANFE existe um espaço destinado à confirmação da entrega da mercadoria;

c) comprovantes de recebimento, por parte dos fornecedores, dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc);

d) cópias de conhecimentos de transporte;

e) quaisquer outros elementos que comprovem a compra e o recebimento das mercadorias pela autuada.

Sustenta que, no presente caso, o preposto fiscal apenas “presumiu” ter a autuada recebido todo o volume de mercadorias por ele acusado e ter recolhido o ICMS a menor e omitido saídas de mercadorias na presunção de as entradas terem superado as saídas e que não restou provado de que a autuada tenha efetivamente recebido o volume de mercadorias acusado pelo autuante, afirmando que faltou, para tanto, o preposto fiscal fazer juntada de provas, tomando como base cada uma das operações envolvidas, e por mais que tenham existido várias operações, cada uma delas deveria ter sido analisada individualmente pelo autuante, o que terminou não ocorrendo.

Dessa forma, garante que a exigência tributária relativa ao presente Auto de Infração não pode prosperar por falta de elementos capazes de comprovar os efetivos recebimentos das mercadorias por sua parte.

Destaca outro aspecto que considera importante, em relação a infração 02, que no levantamento de Caixa não se levou em consideração o saldo final de Caixa do exercício anterior, nem tampouco as duplicatas a pagar no ano seguinte, relativas às compras do exercício fiscalizado, o

que comprova, ainda mais, ser irreal os saldos credores apresentados no Auto de Infração. Desta maneira considera que o presente processo encontra-se eivados de vícios insanáveis.

Ao final pugna pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 386 e 387, pontuando que as alegações do não recebimento das mercadorias e de que os DANFs nada provam acerca do efetivo recebimento dos produtos destinados à autuada, caem por terra já que a autuada esqueceu ou não observou que as notas fiscais relacionadas no "Demonstrativo I - Antecipação Tributária - Entradas", fl. 05, e que suporta a infração 01- 07.01.02, encontram-se registradas no seu livro Registro de Entradas de Mercadorias, conforme cópia fl. 132.

No que diz respeito ao saldo credor de Caixa, cita que basta a autuada atentar-se para sua DMA consolidada de 2013, fl. 103, para verificar a pertinência do saldo credor acusado. Diz que o Caixa foi reconstruído a partir dos pagamentos e recebimentos, conforme Demonstrativo Movimento Mensal de Caixa, fl. 34, sendo que nenhuma razão assiste à autuada.

VOTO

Os argumentos apresentados pelo autuado objetivando a nulidade do Auto de Infração se repetem ou se confundem com o próprio mérito da autuação, razão pela qual serão analisados em conjunto.

Assim é que, em relação a infração 01, onde o autuado alegou não ter adquirido as mercadorias constantes no demonstrativo elaborado pelo autuante, base da autuação, não se sustenta, pois existe nos autos, elemento de prova extrema de dúvidas de que tais mercadorias foram adquiridas pelo autuado: o registro das notas fiscais constantes do demonstrativo de fl. 05, elaborado pelo autuante, no escrita fiscal do autuado, precisamente em seu livro Registro de Entradas, fl. 132, onde constam o lançamento de todas as notas fiscais que deram causa à autuação.

Ademais, a autuação se deu por recolhimento a menos do imposto, conforme se verifica à fl. 05, e não por falta de pagamento, fato este que, mais uma vez, confirma que as aquisições das mercadorias foram feitas pelo autuado.

Diante destes fatos, que são incontestes, afasto todos os argumentos de nulidade trazidos pelo autuado em relação a infração 01, e, no mérito, a julgo procedente, sendo devida a exigência fiscal na ordem de R\$40.691,16.

Quanto a infração 02, o autuado traz um argumento que considero substancial para o deslinde da questão: *“que no levantamento de Caixa não se levou em consideração o saldo final de Caixa do exercício anterior, nem tampouco as duplicatas a pagar no ano seguinte, relativas às compras do exercício fiscalizado, o que comprova, ainda mais, ser irreal os saldos credores apresentados no Auto de Infração”*.

De acordo com o documento de fl. 48, o autuado foi incluído como empresa de pequeno porte desde 01/02/2001, fato este que denota que já exercia suas atividades comerciais, pelo menos, a partir desta data, razão pela qual não vejo como se atribuir saldo inicial “zero” para o levantamento de Caixa constante a fl. 34, o qual se intitula *“Movimento Mensal de Caixa – Reconstituição de lançamentos objetivando evidenciar saldos credores na conta Caixa”*. (grifo não original).

Observo que no levantamento de fl. 34 onde o autuante, informa que o saldo real é “Zero” conforme consta no livro Caixa, inexistente nos autos cópia deste livro inclusive quando da intimação à empresa para apresentação de livros e documentos fl.46, tal livro sequer foi solicitado.

Ademais, vejo que a reconstituição levada a efeito pelo autuante peca ao não considerar pagamentos que sem dúvida ocorreram e estão indicados nos demonstrativos com os valores “zerados”, como se não tivessem ocorrido, a exemplo de pagamentos de salários, FGTS, INSS, energia, água, telefone e aluguel, fato este que fragiliza o lançamento, pois se tratam de

gastos/despesas que efetivamente ocorreram e que não poderiam ser desconsiderados, em se tratando de levantamento de Caixa.

De maneira que acolho o argumento defensivo em relação a infração 02 e, em consequência, com base no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, julgo **nula** a infração 02, por absoluta incerteza e insegurança quanto a determinação do valor da base de cálculo, e recomendo que o procedimento fiscal, em relação a esta infração, seja renovado a salvo das inconsistências aqui apontadas.

Em conclusão julgo Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, restando subsistente a Infração 01 no valor de R\$42.342,38 e nula a infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207182.0050/15-6** lavrado contra **BAHIA SUL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. – EPP**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.691,16**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II alínea “d” e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 13 de setembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR