

A. I. Nº - 232185.3001/16-5
AUTUADO - MASTER DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29. 05. 2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-01/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que a autuação não pode prosperar, em razão de ter entrado em falência de fato e, dessa forma, não ter conseguido realizar a destinação final das mercadorias, cujo prazo de validade restou vencido não elide a autuação. Afirmativa do autuante de inexistência de qualquer prova de falência ou baixa da empresa, inclusive das perdas procede. Infrações 1, 2, 3 e 4 procedentes. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$72.364,04, em decorrência do cometimento das seguintes infrações a 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 e/ou do exterior, nos meses de abril, julho e novembro de 2012, abril de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.413,75, 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 e/ou exterior, nos meses de maio, setembro e dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.860,12, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de abril a junho e agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.481,20, acrescido da multa de 60%;
4. Recolheu a menos o ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de abril a dezembro de 2012, março de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$50.608,97, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 84 a 89). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Argui a nulidade do Auto de Infração. Alega que o Auto de Infração está viciado com nulidades absolutas, infringência do artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal [RPAF], haja vista que o autuante não fez a juntada das notas fiscais

arroladas na autuação e outros documentos de fundamental importância, dificultando assim, o exercício do seu direito da ampla defesa e do contraditório.

Afirma que se não bastasse a nulidade arguida, as infrações não poderão persistir, haja vista que as antecipações e substituições tributárias são incidentes para as mercadorias destinadas à comercialização. Consigna que na aquisição das mercadorias o seu objetivo e a presunção era a revenda destas, o que não aconteceu, devido à empresa ter entrado em falência de fato.

Alega que entrou em falência de fato, e não conseguiu realizar a destinação final das mercadorias, com isso, as mercadorias venceram no estoque, conforme comprovam notas fiscais de perdas acostadas aos autos. Invoca e reproduz o art. 293 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Aduz que, na verdade, não efetuou a antecipação do imposto, porém, não realizou, ou seja, não concretizou a venda das mercadorias, em face de todas terem alcançada o prazo de validade no estoque. Alega que o Fisco não teve prejuízos, haja vista que se o imposto estivesse sido recolhido, com a situação de perda poderia se creditar do referido imposto, conforme determina o dispositivo regulamentar.

Salienta que, como não iria se creditar do imposto por ter encerrado suas atividades, teria que formalizar processo de restituição. Acrescenta que não antecipou o imposto, não revendeu as mercadorias devido ao processo de vencimento das mesmas, então, não há de que se falar em pagamento do imposto por meio dessa maléfica autuação. Diz que resta que o Fisco não teve e não terá prejuízos fiscais e tributários.

Alega que, além disso, a possibilidade de se verificar a realidade dos fatos e não um simples indício de ilegalidade se baseia num dos princípios basilares do processo administrativo, no caso o princípio da verdade real. Observa que referido princípio é de muita voga no Direito Processual Penal de onde pode tirar a sua melhor definição. Neste sentido, reproduz texto de Júlio Mirabete.

Diz ser pacífico e uníssono que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários louvados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Acrescenta que perfilhando essa tese, vislumbra ser cediço que o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para a tributação necessário se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, pois é o que a doutrina denomina de *princípio da verdade material*.

Sustenta que o ônus da prova incumbe a quem alega, haja vista a Constituição Federal, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem garantirem a presunção da inocência e tal regra é válida também em relação a questões de natureza tributária.

Aduz que é cediço que a hipótese em que existe a inversão do ônus da prova no direito tributário se opera quando, por transferência, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infrigente, onde urge ressaltar que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa (*Juris Tantum*), pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa.

Conclui dizendo que o simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um auto de infração arrimado apenas na suposição (*presunção não contemplada em lei*) de que houve o ilícito, sob pena de se estar tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente é devido, pois com exceção da presunção legal, hialinamente tipificada, até a prova material concreta do fato infrigente, a qual ratificaria o ilícito praticado e, qualquer fato ocorrido que se fulcra apenas em mera suposição (presunção), que, se não estiver tipificada em lei, não tem valor probante para arrimar qualquer exigência concernente a repercussão tributária relativa à obrigação principal, porquanto como já foi dito, é condição *sine qua non* para a presunção ser legal, que a mesma esteja disciplinada em lei, sob pena de ser considerada apenas uma suposição.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Protesta provar o alegado por todos os meios de provas úteis em direito, mormente, pela juntada de novos documentos, aditamento da presente, o que requer.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 528 a 530). Contesta as alegações defensivas. Afirma que todos os elementos exigidos pelo art. 39 do RPAF encontram-se presentes no PAF. Assinala que todas as notas fiscais relacionadas nos levantamentos estão com suas mercadorias discriminadas, sendo que o autuado não questionou a aquisição de qualquer delas.

Salienta que inexiste nos autos qualquer prova de falência ou baixa da empresa, que, inclusive, encontrava-se ativa no cadastro estadual quando do processo de fiscalização, nem mesmo a alegação de que os produtos foram recolhidos pela vigilância sanitária e incinerados prospera porque nenhuma prova documental disto foi juntada aos autos.

Observa que a antecipação tributária ocorre na operação de aquisição da mercadoria. Assevera que em face de o ICMS devido por antecipação não ter sido pago, a infração já havia ocorrido independentemente do destino final das mesmas.

Afirma que não cabe ao contribuinte escolher o momento de recolher o tributo, haja vista que este é definido pela legislação.

Sustenta que não se trata de simples indício, pois a infração está plenamente caracterizada, inclusive, reconhecida explicitamente pelo autuado.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de Guanambi (fl. 539) a fim de que fossem acostados aos autos os recibos de entrega ao autuado de cópia dos demonstrativos e respectivo disco de armazenamento, referentes aos levantamentos levados a efeito pelo autuante. Foi solicitado, ainda, que, caso os demonstrativos e disco de armazenamento não tivessem sido entregues ao autuado, deveria este ser intimado para recebimento dos referidos elementos, inclusive da Informação Fiscal e do termo de diligência, informando-o da reabertura do prazo de defesa de 60 dias, a contar do recebimento da intimação para que apresentasse defesa, querendo.

A diligência foi cumprida. O contribuinte cientificado (fls. 544 a 554), porém, não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, não acolho a nulidade arguida. Isto porque, em face das alegações defensivas, o feito foi convertido em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que fossem acostados aos autos os recibos de entrega ao autuado de cópia dos demonstrativos e respectivo disco de armazenamento, referentes aos levantamentos levados a efeito pelo autuante. Foi solicitado ainda que, caso os demonstrativos e disco de armazenamento não tivessem sido fornecidos ao autuado, deveria este ser intimado para recebimento dos referidos elementos, inclusive da Informação Fiscal e do termo de diligência, informando-o da reabertura do prazo de defesa de 60 dias, a contar do recebimento da intimação para que apresentasse defesa, querendo.

A diligência foi cumprida. Os elementos que compõem o presente processo foram entregues ao autuado, conforme comprovantes acostados aos autos. Afastou-se, desse modo, o alegado cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

No mérito, observo que o impugnante alega que entrou em falência de fato, e não conseguiu realizar a destinação final das mercadorias, com isso, as mercadorias venceram no estoque, segundo diz, conforme comprovam notas fiscais de perdas acostadas aos autos.

Admite o impugnante que não efetuou a antecipação do imposto, porém, não realizou, ou seja, não concretizou a venda das mercadorias, em face de todas terem alcançado o prazo de validade no estoque.

Salienta que, como não iria se creditar do imposto por ter encerrado suas atividades, teria que formalizar processo de restituição. Alega que não antecipou o imposto, não revendeu as mercadorias

devido ao processo de vencimento das mesmas, então, não há de que se falar em pagamento do imposto por meio dessa autuação.

Observo também que o autuante contesta as alegações defensivas. Afirma que inexiste nos autos qualquer prova de falência ou baixa da empresa, que, inclusive, encontrava-se ativa no cadastro estadual quando do processo de fiscalização, nem mesmo a alegação de que os produtos foram recolhidos pela vigilância sanitária e incinerados prospera porque nenhuma prova documental disto foi juntada aos autos. Observa que a antecipação tributária ocorre na operação de aquisição da mercadoria. Assevera que em face de o ICMS devido por antecipação não ter sido pago, a infração já havia ocorrido independentemente do destino final das mesmas. Afirma que não cabe ao contribuinte escolher o momento de recolher o tributo, haja vista que este é definido pela legislação.

A análise dos elementos que compõem o presente processo permite concluir que assiste razão ao autuante. De fato, o autuado teria que efetuar no prazo regulamentar o recolhimento do ICMS devido por antecipação – parcial e total – porém, assim não procedeu.

De início, verifico que a autuação não está fundamentada em presunção, conforme alegado pelo autuado. Em verdade, o levantamento levado a efeito pela Fiscalização se baseou em documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado, sendo a exigência decorrente de falta de recolhimento do ICMS devido atinente às mercadorias discriminadas nos referidos documentos fiscais arrolados na autuação.

A alegação defensiva de que entrou em falência de fato e, dessa forma, não conseguiu realizar a destinação final das mercadorias que, por sua vez, tiveram o prazo de validade vencido, conforme notas fiscais de perdas acostadas aos autos não prospera.

Certamente que a existência de mercadorias com data de validade vencida é plenamente factível e de possível existência no exercício da atividade mercantil exercida pelo Contribuinte.

Nessa situação, a destinação das “mercadorias” vencidas com destino a descarte não é uma operação tributada pelo ICMS, haja vista que, efetivamente, deixa de ser mercadoria - em face de não ser mais possível à sua comercialização por estar com a data de validade vencida - e passa à condição de “materiais descartáveis”, inexistindo, desse modo, qualquer necessidade de emissão de documento fiscal para acobertar o trânsito de tais “mercadorias”, sendo bastante a emissão de documento sem fins fiscais, contendo as indicações necessárias à identificação dos materiais descartáveis, como, por exemplo, (i) origem e destino dos materiais; (ii) discriminação dos materiais; (iii) o transportador; (iv) a empresa emitente do referido documento; etc.

Vale observar que, mesmo na situação acima aduzida, se porventura as mercadorias objeto do descarte permitiram a apropriação do crédito fiscal do ICMS destacado no documento fiscal de aquisição, obrigatoriamente deverá ser efetuado o estorno do mencionado crédito.

Cabe ainda observar que o Contribuinte deverá efetuar a baixa contábil dos materiais descartados, realizando o lançamento contábil neste sentido.

Ocorre que, no presente caso, o autuado não se desincumbiu em comprovar mediante a apresentação de documentação específica – contábil e de controle interno – o descarte dos materiais.

Na realidade, o autuado apenas emitiu diversas notas fiscais com natureza da operação “perdas”, CFOP 5927, para dar baixa do estoque, agindo, sob este aspecto, na forma prevista no RICMS/BA. Contudo, conforme discorrido acima, não apresentou os elementos necessários e indispensáveis para comprovação de suas alegações, mesmo tendo oportunidade para tanto com a reabertura do prazo de defesa de 60 dias.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232185.3001/16-5, lavrado contra **MASTER DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **R\$72.364,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR