

A. I. N° - 102148.0044/09-9
AUTUADO - GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09.06.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0124-02/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. De acordo com a Lei nº 8.967/2003, as aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação e destinadas à comercialização estão incluídas no regime de antecipação tributária parcial. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS DE 10% e 1%. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Elidida em parte as imputações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 15/09/2009, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$11.282,14, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$10.042,42, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de fevereiro, março a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 34 a 36, 42 a 152.
2. Recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$789,21, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de abril, julho e dezembro de 2004, março, junho, agosto, outubro e dezembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls.50; 64; 68; 93; 98; 107; 112; 125; 128; 133; 138; 139; 148; 150; 159; e 166.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2004, março e abril de 2005, sendo aplicada a multa no valor de R\$384,85, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls.168 a 171.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho e novembro de 2004, janeiro ;

a multa no valor de R\$65,66, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo e documentos às fls.173 a 180

O autuado, por seu representante legal, em sua defesa às fls. 185 a 188, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Infração 01 - Alega que as diferenças apuradas no levantamento fiscal são decorrentes do autuante não ter considerado os créditos fiscais destacados nas notas fiscais emitidas por empresas com contém nas suas razões sociais a expressão “ME” e/ou “EPP”. Esclarece que o fato de constarem tais expressões nas notas fiscais não significa que os respectivos fornecedores não tenham o regime normal de apuração. Foi elaborado à fl.185 um quadro contendo a discriminação das notas fiscais, fornecedores e o valor do imposto destacado que não foi computado no cálculo do débito, juntando cópias das mesmas (fls.191/248). Acrescenta que no mês de fevereiro de 2005, o autuante informa que não foi consignada a nota fiscal nº 461887 no valor de R\$841,65 na planilha, porém, que o valor correto da referida nota é de R\$ 2.203,92, foi lançada na sua planilha e o imposto devido foi recolhido.

Infração 02 – Aduz que as diferenças apuradas são decorrentes do fato de não terem sido considerados os créditos fiscais destacados nas notas fiscais emitidas por fornecedores que constam em suas razões social a expressão “ME” e/ou “EPP”. Fez um quadro contendo os dados das notas fiscais nº 4174; 860; e 992, e juntou cópias das referidas notas fiscais.

Infração 03 – Alega que as notas fiscais nº 635.061 e 45.138 foram registradas no livro fiscal com os números 635.051 e 45.136, respectivamente (fls.256 a 259).

Infração 04 - Alega que as notas fiscais objeto da autuação foram devidamente registradas no livro fiscal, conforme documentos apresentados às fls.261 a 269. Além disso, argui que:

- a) a Nota Fiscal nº 946, de jun/04, foi lançada através do nº 945 (fls.262), mas que é a mesma Nota Fiscal;
- b) a Nota Fiscal nº 1.118, de nov/04, foi lançada sob o nº 1.117 (fl.264);
- c) a Nota Fiscal nº 1.890, de mar/05, foi lançada (fl.266);
- d) a Nota Fiscal nº 1.499, de mar/05, tem por natureza da operação transferência de mercadorias da Matriz (CNPJ 0001-18) e não da filial (CNPJ 0003), motivo porque não aparece no livro fiscal.
- e) a Nota Fiscal nº 1.295, de abr/05, cuja base de cálculo é da ordem de R\$904,25, foi registrada no valor de R\$404,25.

Na informação fiscal às fls.272 a 275, o autuante rebateu os argumentos defensivos esclarecendo e ponderando.

Infração 01 – Diz que para o contribuinte usar o crédito das notas fiscais citadas, teria que apresentar uma cópia da situação cadastral dos fornecedores das diversas secretarias de fazenda dos diversos estados da federação onde as notas fiscais foram emitidas, constando nos cadastros destes fornecedores, um a um, devendo constar a condição destes, no período fiscalizado.

Infração 02 – Entende que para o contribuinte usar o crédito das notas fiscais citadas, teria que apresentar uma cópia da situação cadastral dos fornecedores das diversas secretarias de fazenda dos diversos estados da federação onde as Notas Fiscais foram emitidas. Assim, entende que como não foi comprovado o regime de apuração dos diversos fornecedores do período fiscalizado pela Ordem de Serviço nº 508.81/09, da SEFAZ - BA, mantém a autuação.

Infração 03 - considerou insuficientes os elementos de prova das duas notas fiscais contestadas pelo contribuinte. Sugeriu que fosse solicitada uma declaração do fornecedor, informando que não há as duas notas fiscais que deram origem a este Auto de Infração, assim as Notas Fiscais indicadas pela defesa.

Infração 04 - sobre as Notas Fiscais nº 946 e 1.118, considerou as provas apresentadas insuficientes, tendo sugerido que fosse solicitado do fornecedor, informações atestando que as duas notas fiscais que deram origem ao Auto de Infração, são as notas fiscais indicadas pela Defesa. Quanto às Notas Fiscais nº 1.890, 1.499 e 1.295, concordou que a demanda do contribuinte procede, ou seja, que foram lançadas na escrita fiscal.

O autuado foi cientificado do teor da informação fiscal, conforme intimação e AR dos Correios (fls.279 e 280), manifestando-se às fls.283 a 284, onde argüiu o que segue.

Infração 01 – Argumenta que é improcedente a conclusão fiscal, em virtude do aproveitamento do crédito está regular, e o fato de constar na razão social das empresas fornecedoras das mercadorias as expressões ME ou EPP, não descaracteriza o regime de apuração do ICMS, ao qual a empresa está vinculada. Anexou declaração da Delegacia Regional de Ribeirão Preto da SEFAZ/SP (fl.297), atestando que a empresa Emerson Henrique dos Reis Franca trata-se de contribuinte inscrito no regime normal de apuração do ICMS.

Infração 02 – Aduz que é indevida a cobrança de ICMS antecipação parcial sobre aquisição de “sacolas”, pois não se trata de “mercadoria”, conforme está explicitado no § 4º do artigo 10 do RICMS/97, que transcreveu.

Salienta que mercadoria exige circulação econômica, e no caso das “sacolas”, estas não são vendidas no estabelecimento, sendo indevido o entendimento do autuante ao considerar sacolas como integrantes do produto. Observa que a questão da embalagem que incide imposto, seria aquela indispensável para o fornecimento da mercadoria, ou seja intrínseca à circulação, como exemplo, sabão em pó, caixa para sapatos, embalagens inerente ao produto, imprescindíveis à circulação da mercadoria. Transcreveu o artigo 93, V, do RICMS/97, que trata de crédito fiscal sobre aquisição de ativo imobilizado e de bens de uso e consumo.

O autuante toma conhecimento da defesa e presta nova informação fiscal às fls.300 a 302, nos seguintes termos.

Infração 01 – Reitera sua informação anterior no sentido de que para o contribuinte usar o crédito das notas fiscais em questão, teria que apresentar uma cópia da situação cadastral dos fornecedores das diversas secretarias de fazenda dos diversos estados da federação onde as Notas Fiscais foram emitidas. Nos cadastros destes fornecedores, um a um, deverá constar a condição destes, no período fiscalizado. Ressalta que tendo em vista que foi comprovado o regime de apuração de Normal apenas da Emerson Henrique dos Reis Franca, cuja Inscrição Estadual é de nº 310.187.913.110, através do Certificado nº 036/09, emitido pela Delegacia Regional Tributária de Ribeirão Preto, à página 297, deste PAF, fez as alterações concernentes a este fornecedor conforme planilhas anexadas.

Elaborou um quadro contendo as notas fiscais cujos créditos fiscais foram aceitos, a saber:

Mês / ano	Nota Fiscal nº	Página do PAF onde se encontra localizada a NF
Maio/04	2.185	56
Maio/04	2.246	57
Agosto/04	2.483	71
Outubro/04	2.628	79
Novembro/04	2.688	86
Fevereiro/05	2.775	105
Março/05	2.794	
Maio/05	2.963	

Junho/05	3.076	126
Agosto/05	3.196	135
Setembro/05	3.228	143
Outubro/05	3.341	149
Novembro/05	3.404	154
Dezembro/05	3.454	162
Dezembro/05	3.471	163

Com base nas alterações, o imposto reclamado total passou de R\$10.042,42 para R\$ 7.583,28.

Infração 02 – Discordou do entendimento do autuado de que na mercadoria a título de “embalagem” em que há incidência do imposto, seria em decorrência de sua indispensabilidade para a venda da mercadoria, argüindo que apesar da mudança do argumento da defesa, mantém o seu entendimento sobre o mérito desta infração, uma vez que acredita que o artigo 93, inciso V, alínea “b” do RICMS-BA explica o que é a mercadoria usada para material de uso e consumo. Diz, a título de exemplo, que material de uso e consumo seria as canetas, papel, etc., que usa indiretamente na prestação de seu serviço de intermediação entre o fabricante de calçados e o consumidor final. Quanto às “sacolas”, que fazem parte da prestação de serviço de intermediação entre o produtor de calçados e o consumidor final, são custos diretos da GRAT'S, pois, é o seu serviço que é a circulação econômica, juntamente com a venda da mercadoria.

Concluindo, manteve parcialmente a autuação, ficando a infração reduzida para o valor de R\$7.583,28; mantidas as infrações 02 e 03; e mantida em parte a infração 04, conforme sua informação fiscal anterior.

Conforme intimação à fl.335, o sujeito passivo foi cientificado da segunda informação fiscal, sendo-lhe entregue as cópias das folhas 300 a 333, porém, no prazo estipulado não se manifestou.

VOTO

Na análise das peças processuais, verifico que o sujeito passivo em suas duas impugnações conseguiu elidir parcialmente as infrações que lhe foram imputadas, tendo o autuante acolhido parte de suas ponderações, conforme informação fiscal às fls.300 a 302.

Desta forma, passo a proferir o meu voto a partir da última informação fiscal, tendo em vista que, conforme intimação à fl.335, o autuado recebeu, mediante intimação, uma cópia da mesma e dos demonstrativos refeitos às fls.303 a 333, permitindo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

No prazo estipulado não houve qualquer manifestação do contribuinte autuado, configurando o seu silêncio como uma aceitação tácita dos novos demonstrativos anexados ao processo. A legislação tributária prevê (art.140, do RPAF/99) que “o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

Isto posto, analisemos cada infração de per si.

Infração 01 - nos demonstrativos às fls.36 a 41 encontram-se demonstrados os valores da antecipação tributária, referente às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e especificadas as notas fiscais, origem, data de emissão, valor da mercadoria, MVA, base de cálculo, alíquota, crédito fiscal e finalmente o ICMS a recolher que foi lançado no demonstrativo de débito.

Não foi apontado erro nos números constantes no levantamento fiscal que instrui este item, cujo argumento defensivo é que não foram considerados os créditos fis

emitidas pelos contribuintes abaixo, por entender o autuante que se tratam de contribuintes inscritos como microempresa e empresa de pequeno porte.

L.M.A. Calçados Ltda-ME – NF 1548; 1557

Kontatto Franca Indústria e Comércio de Calçados-EPP – NF 1841; 1844;

Radamés Artefatos de Couros Ltda-EPP – NF 427; 668; 812; 927; 1721; 1823

Emerson Henrique dos Reis Franca-EPP – NF 2185; 2246; 2429; **2483**; 2628; 2688; 2775; 2794; 2963, 3076; 3196; 3228; 3341; 3404; 3454; 3471.

Guilherme Santos Ind. E Com. De Bolsas Ltda-ME – NF 363

Calçados de Lima – NF 794

Vit Shoes Calçados Ltda-ME – NF 302; 570; 711; 1014; 1027; 1791; 3404

Ind. e Com. de Calçados Natália Marchi Ltda-ME – NF 1242; 1270; 1285; 1968; 2226; 2587

Fobos Artefatos de Couro Ltda-ME – NF 3127; 3206; 3270

Montagem Francana Ltda – NF 428

Frade & Garcia Artefatos de Couro Ltda-ME – NF 600;

Só Linha Ind. e Com. de Calçados e Solados Ltda-EPP – NF 5026

Vizzati Ind. e Com. de Calçados Ltda-EPP – NF 8843; 9475; 9479; 10564; 10817

Walter Loose Ind.e Com.Ltda-ME – NF 3738; 3984; 4248; 4698

Dematos Ind. de Calçados Ltda-ME – NF 47

Plácido Cezar Sacilotto-ME – NF 10297

J. Carlos Gomes Calçados-ME – NF 35

Reinaldo Spoldário-ME – NF 3096

Considerando que o autuado somente comprovou , através das cópias de guias de recolhimento de ICMS (fls.287 a 295) e declaração da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (fl.297), que o contribuinte Emerson Henrique dos Reis Franca, trata-se de contribuinte submetido ao regime normal do imposto, considero correto o procedimento do autuante de apenas excluir do levantamento fiscal as notas fiscais em nome do mesmo.

Assim, este item fica reduzido para o valor de R\$7.583,31.

Infração 02 – diz respeito a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias de outros Estados.

MÊS	NF Nº	VL.DÉBITO	DOC.FL.
abr/04	185713 186381 4174	83,79	50, 53
jul/04	860	168,85	64, 68
dez/04	12008 727530	28,72	93, 98
mar/05	16356 727530	29,82	107,112
jun/05	776447 19933	266,98	125, 128
	23272		

ago/05	799350 992	169,86	133, 138, 139
out/05	173035 727530	40,98	148, 150
dez/05	831062 30431	0,21	159, 166
	TOTAL	789,21	

Das notas fiscais, que serviram de base ao levantamento fiscal às fls.50, 64, 93, 107, 125, 133, 148 e 159, o autuado se insurgiu apenas em relação à Nota Fiscal nº 4174, emitida por Ailton José dos Santos Franca-EPP; e notas fiscais nº 860; e 992, emitidas por Danrill Artefatos de Couros Ltda-EPP, argüindo que as diferenças ocorreram porque não foram considerados os créditos fiscais destacados nas notas fiscais emitidas por contribuintes submetidos ao regime normal. Alegou também que é indevida a cobrança de ICMS antecipação parcial sobre aquisição de “sacolas”, pois não se trata de “mercadoria”.

Quanto ao primeiro argumento, devem ser mantidos os valores dos débitos apurados, uma vez que o autuado não trouxe provas no sentido de que os contribuintes citados recolheram o imposto pelo regime normal de apuração. Sobre a alegação de que a mercadoria é “sacola”, a partir do momento que a legislação tributária admite a utilização do crédito fiscal nas aquisições de embalagens, é devido o pagamento da antecipação parcial.

Além do mais, tendo em vista que a antecipação parcial se restringe a mercadoria adquirida com a finalidade de comercialização, e o contribuinte autuado, apesar de afirmar, não trouxe aos autos qualquer elemento de prova de que as “sacolas” por ele adquiridas, foram com essa finalidade, entendo que não foi elidida a acusação fiscal.

Mantido o lançamento.

Infração 03 – trata-se de multa por descumprimento de obrigação acessória, referente a falta de escrituração no Registro de Entradas das notas fiscais nº 635061; 45138; e 909011, tendo o sujeito passivo alegado que as duas primeiras notas fiscais foram escrituradas com os números 635.051 e 45.136, o que foi refutado pelo autuante por entender que necessitaria de declaração dos fornecedores atestando que são as mesmas notas fiscais.

Considero razoável acolher o argumento defensivo, isto porque, conforme comprovam os documentos às fls.256 a 259, mais precisamente cópias das notas fiscais e das folhas do Registro de Entradas, os valores e datas das notas fiscais são os mesmos.

Assim, fica reduzido o valor da multa deste item para o valor de R\$118,82 alusivo à nota fiscal nº 909.011.

Infração 04 – a multa foi aplicada porque não foram escrituradas no Registro de Entradas as notas fiscais nº 946; 1118; 119; 1236; 1890; 1499; e 1295, conforme demonstrativo à fl.173.

Quanto às notas fiscais nº 1.890, 1.499 e 1.295, o autuante acolheu as provas apresentadas na defesa, no sentido de tais documentos fiscais estão devidamente escriturados.

Sobre as notas fiscais nº 946 e 1.118, considero razoável a justificativa do contribuinte de que houve equívoco no número das notas fiscais.

No que tange às notas fiscais nº 119 e 1236, deve ser mantida a multa inerente a elas, nos valores de R\$7,68 e R\$9,02, respectivamente, pois o autuado não negou o cometimento da infração imputada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do A demonstrativos de débito abaixo:

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito	INF.
28/02/2004	09/03/2004	1.423,82	17,00	60	242,05	1
31/03/2004	09/04/2004	944,88	17,00	60	160,63	1
30/04/2004	09/05/2004	1.499,59	17,00	60	254,93	1
31/05/2004	09/06/2004	897,82	17,00	60	152,63	1
30/06/2004	09/07/2004	1.707,35	17,00	60	290,25	1
31/07/2004	09/08/2004	3.455,12	17,00	60	587,37	1
31/08/2004	09/09/2004	1.817,94	17,00	60	309,05	1
30/09/2004	09/10/2004	3.071,47	17,00	60	522,15	1
31/10/2004	09/11/2004	5.564,76	17,00	60	946,01	1
30/11/2004	09/12/2004	1.720,18	17,00	60	292,43	1
31/12/2004	09/01/2005	977,47	17,00	60	166,17	1
31/01/2005	09/02/2005	2.718,65	17,00	60	462,17	1
28/02/2005	09/03/2005	1.873,41	17,00	60	318,48	1
31/03/2005	09/04/2005	1.395,06	17,00	60	237,16	1
30/04/2005	09/05/2005	1.092,18	17,00	60	185,67	1
31/05/2005	09/06/2005	2.419,94	17,00	60	411,39	1
30/06/2005	09/07/2005	597,88	17,00	60	101,64	1
31/08/2005	09/09/2005	-	17,00	60	0,00	1
30/09/2005	09/10/2005	3.110,47	17,00	60	528,78	1
31/10/2005	09/11/2005	-	17,00	60	0,00	1
30/11/2005	09/12/2005	3.135,35		60	533,01	1
31/12/2005	09/01/2006	5.184,35	17,00	60	881,34	1
TOTAL					7.583,31	

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito	INF.
30/04/2004	09/05/2004	492,88	17,00	60	83,79	2
31/07/2004	09/08/2004	993,24	17,00	60	168,85	2
31/12/2004	09/01/2005	168,94	17,00	60	28,72	2
31/03/2005	09/04/2005	175,41	17,00	60	29,82	2
30/06/2005	09/07/2005	1.570,47	17,00	60	266,98	2
31/08/2005	09/09/2005	999,18	17,00	60	169,86	2
31/10/2005	09/11/2005	241,06	17,00	60	40,98	2
31/12/2005	09/01/2006	1,24	17,00	60	0,21	2
TOTAL					789,21	

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito	INF.
30/04/2005	09/01/2005	1.188,21	-	10	118,82	3
TOTAL					118,82	

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito	INF.
31/01/2005	09/02/2005	768,00	-	1	7,68	4
28/02/2005	09/03/2005	901,98	-	1	9,02	4
TOTAL					16,70	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102148.0044/09-9, lavrado contra **GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.372,52**, acrescido das multas de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$135,52**, prevista nos incisos IX e XI do mesmo legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR