

A. I. Nº - 210585.0017/10-4
AUTUADO - C & R EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARIA GRACIETH INVENÇÃO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 04.04.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0074-04/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos com a exclusão dos valores relativos a notas fiscais obtidas junto a fornecedores, sem comprovação fática da realização das operações de compras de mercadorias destinadas a comercialização. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 06/10/10, exige ICMS no valor de R\$3.381,90, acrescido da multa de 50%, em razão do recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de Micro Empresa (ME) – Simples Nacional referente a mercadorias provenientes de fora do Estado e destinada a comercialização.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 86/104, inicialmente discorre sobre a infração e suscita a sua nulidade por entender que após a instituição do Simples Nacional pela Lei Complementar 123/06 que estabelece tratamento diferenciado às ME/EPP, o art. 2º, §4º delegou ao Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN) a competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias. Manifesta que o art. 5º do mencionado diploma legal corrobora esse entendimento e que o agente público da Secretaria da Fazenda do Estado não tem competência para exigência do ICMS, padecendo de vício insanável que conduz a nulidade.

Suscita também a nulidade sob o argumento de que o demonstrativo elaborado pela fiscalização contém dados relativos à nota fiscal de entrada emitida por empresa sediada no Estado de Minas Gerais com CNPJ 20174116/0001-54, cujos dados foram obtidos no Relatório SINTEGRA, sem que o autuante juntasse ao processo cópia da nota fiscal provando que tenha sido emitida contra o estabelecimento autuado. Alega que a falta do documento conduz a incerteza da infração e impede o exercício da defesa.

No mérito, afirma que ocorreram erros materiais, a exemplo do mês de julho/07, com valor indicado no Auto de Infração de R\$420,15 ao invés do valor de R\$382,25 constante do demonstrativo correspondente, mesmo tendo sido considerado o valor pago de R\$38,75.

Com relação às notas fiscais de números 2348, 2512, 2672, 54 e 131, a qual requereu a nulidade, afirma que não há prova de que a empresa (Talento Indústria e Comércio de Confecções - CNPJ 20174116/0001-54) tenha emitido a nota fiscal contra o estabelecimento autuado e não representa efetivação de operação mercantil. Tece comentários sobre possibilidades das mercadorias terem sido destinadas a outro contribuinte tendo em vista que não há prova de que deu entrada no seu estabelecimento. Transcreve decisões do CONSEF (AC JJF 0041/00; JJF 0443/01; JJF 2309/98) para reforçar o seu posicionamento de que diante da incerteza deve ser afastada a exigência dos valores relativos às mencionadas notas fiscais.

Argumenta que no demonstrativo elaborado pela fiscalização, não foram contemplados os créditos fiscais de direito relativo a compras efetuadas de ME/EPP-Simples Nacional, conforme previsto na legislação tributária. Entende que para cobrar 17% sobre o valor das operações, deveria considerar crédito de 7% ou 12% a depender do Estado de origem.

Por fim, transcreve o art. 352-A, §6º do RICMS/BA, e diz que em razão da equidade expressa, o valor exigido deveria ser limitado a 4% do valor das receitas ou das entradas e pugna pela aplicação do mencionado dispositivo para reduzir o valor do imposto exigido.

Conclui requerendo a nulidade e caso ultrapassada, a improcedência em relação às notas fiscais emitidas pela empresa TALENTO, concessão do crédito fiscal e aplicação do limite. Requer também, diligência fiscal para que a ASTEC revise o lançamento com base nos documentos juntados com a defesa.

A autuante na informação fiscal prestada às fls. 114/117, inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e passa a contestá-las.

Quanto à suposta incompetência para efetuar o lançamento contra empresa do Simples Nacional diz que o art. 33 da LC 123/06 define os entes competentes para exercer fiscalização do Simples Nacional, como sendo a Secretaria da Receita Federal e as Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado. Ressalta que o §4º do mencionado dispositivo e diploma legal delegou ao CGSN disciplinar o disposto no mencionado artigo, o que foi feito mediante Resolução CGSN 30/08 na qual se inclui a Secretaria da Fazenda do Estado, não havendo do que se falar em incompetência do preposto fiscal do Estado.

Além disso, ressalta que de acordo com o disposto no art. 352-A, §1º do RICMS/BA, a ICMS antecipação parcial fica fora do recolhimento dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional em conformidade com o disposto no art. 13, §1º da LC 123/06.

Com relação à diferença apontada entre valor contido no Auto de Infração e demonstrativo acostado junto com a defesa, esclarece que durante a fiscalização entregou demonstrativo para que a empresa tomasse conhecimento das notas fiscais relacionadas no SINTEGRA e que não foram entregues à fiscalização. Afirma que o demonstrativo juntado com a defesa não é o mesmo que foi juntado às fls. 5/7 do processo, visto que posteriormente foram corrigidas inconsistências.

No que tange às notas fiscais emitidas pela empresa TALENTO, que o autuado alegou não ter efetivado as compras, informa que as notas fiscais 2348, 2512, 2672, 54 e 131 foram solicitadas do fornecedor que enviou à SEFAZ/BA por via postal, as quais foram juntadas às fls. 8, 12, 38 e 52, exceto a cópia da nota fiscal 131 que consta apenas no relatório SINTEGRA (fl. 118).

Quanto ao erro de digitação da nota fiscal 59070, referente ao mês de julho/07, esclarece que consta apenas na planilha à fl. 108 juntada com a defesa que foi apresentada a empresa durante os trabalhos de fiscalização, tendo sido corrigido posteriormente conforme documento às fls. 5 e 9. Requer a procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 125) no sentido de fornecer ao autuado cópia do demonstrativo, notas fiscais juntadas ao processo e reabrir o prazo de defesa.

A Inspetoria Fazendária após encaminhamento de diversas intimações por meio dos correios (fls. 127/135) não tendo encontrado o estabelecimento autuado, fez intimação por edital (fl. 136).

O autuado manifestou-se às fls. 138/146. Inicialmente discorre sobre a autuação e diz que a despeito dos novos documentos que lhe foram entregues, as supostas aquisições de mercadorias fogem ao padrão de compras com valores demasiadamente superiores à sua prática, denotando que não ocorreram talas operações e que foram emitidas de forma equivocada.

Reitera que não comprou nem recebeu qualquer mercadoria da empresa Talento e dessa forma não pode arcar com o ICMS supostamente devido, sem que haja registro do ingresso das mercadorias no território baiano. Afirma que não tendo entrado a mercadoria no estabelecimento, o Fisco deveria buscar a realidade fática em obediência ao princípio da verdade material. Transcreve parte de texto de doutrinadores e várias decisões proferidas pelo CONSEF para reforçar o seu posicionamento quanto à incerteza da ocorrência das operações.

Pondera que não tendo havido comprovação da circulação física das mercadorias deve ser afastada a exigência fiscal, salientando como argumento suplementar que a nota fiscal de nº 131 não foi apresentada, o que corresponde a indício de inidoneidade por parte do emitente. Reitera

as alegações apresentadas na defesa inicial, requer a improcedência da autuação e que seja responsabilizado a empresa Talento pela exigência nos termos do art. 39 do RICMS/BA.

A autuante presta a segunda informação fiscal (fls. 150/151), inicialmente comenta a reiteração das alegações da defesa inicial pelo impugnante e diz que mantém as informações prestadas anteriormente e a autuação por entender que a documentação juntada ao processo é suficiente para demonstrar a ocorrência da operação comercial entre o fornecedor e o autuado.

VOTO

O autuado, na defesa apresentada suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que o agente público do Estado da Bahia não tem competência para fazer exigência de imposto de contribuinte optante do Simples Nacional. O art. 13, § 1º, XIII da LC 123/06 estabelece que é devido:

- a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;
- g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:
 - 1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;
 - 2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

Já o art. 33 da LC 123/06 define os entes competentes para exercer fiscalização. Foi delegado ao CGSN disciplinar o disposto no mencionado artigo (§4º), o que foi feito mediante Resolução CGSN 30/08 na qual se inclui a Secretaria da Fazenda do Estado. Portanto, ao contrário do que foi alegado, o agente público estadual possui competência legal para fazer o lançamento da modalidade do ICMS antecipação parcial.

Suscitou também a nulidade sob o argumento de que no demonstrativo elaborado pela fiscalização contém dados relativos a nota fiscal emitida por empresa sediada no Estado de Minas Gerais, obtidos no Relatório SÍNTEGRA, sem que fosse juntado cópia da nota fiscal provando emissão contra o estabelecimento autuado, o que configura cerceamento da defesa. Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, foram entregues ao estabelecimento autuado cópia dos documentos juntados ao processo e reaberto o prazo de defesa, o que neutraliza os efeitos do pedido, motivo pelo qual fica também indeferido.

No mérito, o Auto de Infração acusa recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial.

Preliminarmente, com relação à alegação de existência de erro na indicação de valores entre o demonstrativo juntado pela fiscalização (fl. 05) e anexado junto com a defesa (fl.109), na informação fiscal foi esclarecido que o demonstrativo juntado com a defesa se tratava de rascunho entregue à empresa durante a fiscalização. O CONSEF determinou a realização de diligência na qual foi entregue cópia dos demonstrativos constantes do processo e reaberto o prazo de defesa. Portanto, saneada tal inconsistência nos termos do art. 18, §1º do RPAF/BA.

De forma resumida o autuado apresentou as seguintes alegações:

- a) Nega ter adquirido as mercadorias consignadas nas notas fiscais 2348, 2512, 2672, 54 e 131, obtidas no Sintegra. Na manifestação pós-diligência, a ausência da nota fiscal nº 131.
- b) Concessão do crédito fiscal relativo ao imposto destacado nas notas fiscais de compras, na apuração do ICMS antecipação parcial;
- c) Limitar o valor do imposto a recolher a 4% do valor das receitas mais transferências ou 4% do valor das entradas nos termos do art. 352-A, § 6º do RICMS/BA.

Quanto à primeira alegação verifico que o levantamento fiscal foi feito com base nas primeiras vias das notas fiscais e DAEs apresentados pelo estabelecimento autuado (fls. 08/77).

No momento que a empresa contestou não ter adquirido as mercadorias consignadas nas notas fiscais emitidas pela empresa Talento Indústria e Comércio de Confecções - CNPJ 20174116/0001-

54, a autuante afirmou que as mesmas foram solicitadas da empresa que “enviou a esta Secretaria, por via postal”. Constatou que foram juntadas às fls. 8, 12, 38 e 52 cópias das quintas vias das mencionadas notas fiscais (contabilidade), todas indicando como transportador o adquirente e quanto à nota fiscal nº 131 foi juntada pela autuante apenas relação do Sintegra (fl. 118).

Observo que o ICMS é um imposto que incide sobre a circulação de mercadorias. Para que configure a ocorrência do fato gerador do imposto e surgimento da obrigação tributária faz-se necessário a comprovação da realização de uma operação mercantil. A relação de dados contidos na relação de notas fiscais registradas no SINTEGRA, e cópias de notas fiscais obtidas por meio de declaração dos fornecedores (fontes externas) servem como indícios de ocorrência de entradas no estabelecimento destinatário, porém faz-se necessário a apresentação de outros elementos de provas para atestar a ocorrência da operação mercantil. Ressalto que este posicionamento já foi manifestado em decisões de segunda instância deste Conselho a exemplo do Ac CJF 357-12/08.

Pelo exposto, diante da falta de comprovação da ocorrência de uma operação mercantil, tomo como base os demonstrativos às fls. 05/07 e faço a exclusão dos valores relativos às cópias de notas fiscais obtidas junto aos fornecedores com base nos demonstrativos do Sintegra o que resulta em valor devido de R\$2.182,72 conforme resumo no fim do voto.

Com relação à concessão dos créditos fiscais na apuração do ICMS antecipação parcial, verifico que no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 5/8) foram deduzidos os valores do ICMS destacados nas notas fiscais. Quanto às notas fiscais que não foi compensado o crédito fiscal, a exemplo da nº 305 (fl. 11) a mesma foi emitida por contribuinte optante do Simples Nacional e não foi destacado qualquer valor do imposto, por isso não pode ser considerado crédito fiscal na apuração do ICMS antecipação parcial. Ressalto que só seria admissível a utilização do crédito fiscal se o fornecedor tivesse informado o valor do crédito fiscal no campo das informações complementares de acordo com o disposto no art. 23, §2º da LC 123/06 (art. 392 do RICMS/BA).

Por fim quanto ao limite do valor do imposto a recolher, não pode ser acolhida tal argumentação, visto que o autuado não apresentou qualquer demonstrativo para comprovar que o valor do ICMS antecipação parcial exigido extrapola o limite de 4% do valor das receitas mais transferências ou do valor das entradas conforme previsto no art. 352-A, § 6º do RICMS/BA.

Data Ocorr	Data Vencto	a) Valor autuado/fls. 5/7	Nota Fiscal	Fl.	b) Valor	Dif. devida (a-b)
31/07/07	09/08/07	420,15	2348	5	420,15	0,00
31/08/07	09/09/07	393,79	2512	5	47,96	345,83
30/09/07	09/10/07	731,53	2672	6	721,40	10,13
31/10/07	09/11/07	1.254,85				1.254,85
30/11/07	09/12/07	581,58	131	6	9,67	571,91
Total		3.381,90			1.199,18	2.182,72

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com valor devido de R\$2.182,72.

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 **210585.0017/10-4**, lavrado contra **C & R EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.182,72**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1 da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR