

PROCESSO - A. I. Nº 232115.0001/14-5
RECORRENTE - JOÃO PEDRO FERREIRA DOS SANTOS (SUPER BARATÃO) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0054-05/15
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0239-12/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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. Infração parcialmente elidida. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infrações parcialmente subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações parcialmente caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 17/03/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2014, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$23.399,46 (vinte e três mil trezentos e noventa e nove reais e quarenta e seis centavos), em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

Infração 01. RV – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$7.585,43 e multa de 60%;

Infração 02. RV – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$9.117,31;

Infração 03. RV – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de

mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$5.426,39. Multa de 60% e de 50%;

Infração 04. RV – *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$1.270,33.*

O autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração em epígrafe (fls. 307/315), impugnando o lançamento.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 485/490), e posteriormente nova manifestação (fls. 485 a 501) acatando parcialmente as alegações defensivas, e reduzindo o valor devido pelas infrações.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ªJJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Constato que o Auto de Infração atende a todas as formalidades para a sua validade, obedecidos os requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), o que o torna apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em decorrência da constatação de quatro infrações. A primeira diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Após enumerar equívocos ocorridos na autuação, o defendente ainda apontou que o auditor incorreu em outros erros, pois além de desconsiderar o pagamento do ICMS substituição tributária, em relação a várias notas fiscais, aplicou MVAs incorretas, o que teria aumentado indevidamente a base de cálculo do imposto.

Assim, o autuante corrigiu as MVAs aplicadas tais como a referente à nota fiscal 8055 (fraldas), que se reporta à mercadoria sujeita a antecipação total, que é de 41,34%, (Convênio ICMS 76/94), com desconto de 10%. Cálculo que totaliza ICMS no valor de R\$1.362,19, cujo recolhimento fora integral e tempestivamente realizado.

Com relação às notas fiscais 1141, 1250, 5407 e 618, as MVAs são de 46,37%, 53%, 30%, 55%, respectivamente. Considerou que a NF 618 foi paga através de GNRE.

A mercadoria da NF 5407, corresponde à chocolate, com MVA de 30%.

A mercadoria glanulado de açúcar colorido, NCM 17049020, não está sujeita ao regime de substituição tributária. Em relação à nota fiscal 10506, a alíquota aplicável é de 7%, e deverá ser considerada a pauta fiscal.

Após o refazimento da infração concluiu o autuante que as notas fiscais remanescentes são a de nº 271 e a de nº 300, a primeira relativa ao mês de maio de 2010, e a segunda ao mês de junho, cujo ICMS total perfaz o valor de R\$201,04, cujo demonstrativo de débito encontra-se na fl. 491 do PAF, no que concordo.

O demonstrativo de débito assume a seguinte configuração:

Data Ocorr	Data vencimento	Base de cálculo	Aliq/multa	Valor historico
31/05/2010	25/06/2010	788,42	17	134,03
30/06/2010	25/07/2010	394,18	17	67,01
Total				201,04

Infração parcialmente procedente.

As infrações 02 e a 04 são relativas à multa por descumprimento de obrigação acessória haja vista que a sociedade empresária deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas e não sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, no percentual de 10% e de 1% sobre o valor comercial das mercadorias.

O sujeito passivo aponta, na peça de defesa que diversas notas fiscais encontram-se devidamente registradas nos livros fiscais, muito embora por se tratar de contribuinte inscrito no SIMPLES NACIONAL, estivesse dispensado de escriturar o livro Registro de Entradas. Nega também o ingresso de tais mercadorias no seu estabelecimento, sob o argumento de que as aquisições não restaram comprovados pelo fisco.

Ocorre que por se tratar de Notas Fiscais Eletrônicas, o sistema de emissão possui uma função que avisa ao suposto destinatário as respectivas emissões. Não foi trazido aos autos qualquer manifestação, por parte da defendente, de que tenha se manifestado, contrariamente, ao cadastramento de quaisquer dos documentos objeto das infrações.

A simples negativa do cometimento da infração, não a elide, devendo o contribuinte robustecer a sua defesa com as provas cabíveis à situação. Ademais, caso as aquisições tivessem sido objeto de fraude, restaria a

possibilidade de uma queixa, com o registro de Boletim de Ocorrência em Delegacia de Segurança Pública, denúncia à Secretaria da Fazenda Estadual, ou à Receita Federal, de que seus dados empresariais estariam sendo usados levemente por agentes estranhos - e isto por três anos consecutivos: 2009, 2010 e 2011, o que não ocorreu.

Por outro lado, o autuante acatou parcialmente as alegações da defesa, no que concerne à comprovação do registro de parte das notas fiscais, o que diminuiu o valor da multa exigida na infração 02 para R\$3.791,15 e da infração 04 para R\$840,41, conforme demonstrativo de fls. 492/493; e de fls. 499/501, como segue:

Data Ocorr	Data vencimento	Base de cálculo	Aliq/multa	Valor historico
30/11/2009	25/12/2009	345,26	10%	34,53
31/12/2009	25/01/2010	201,36	10%	20,14
28/02/2010	25/03/2010	2.102,75	10%	210,28
31/03/2010	25/04/2010	265,44	10%	26,54
30/05/2010	25/06/2010	5.052,01	10%	505,20
30/06/2010	25/07/2010	696,04	10%	69,60
31/07/2010	25/08/2010	696,04	10%	69,60
31/10/2010	25/11/2010	1.142,97	10%	114,30
30/11/2010	25/12/2010	763,38	10%	76,34
31/01/2011	25/02/2011	1.644,75'	10%	164,48
28/02/2011	25/03/2011	547,48	10%	54,75
31/03/2011	25/04/2011	4.081,38	10%	408,14
30/04/2011	25/05/2011	2.027,34	10%	202,73
31/05/2011	25/06/2011	1.936,95	10%	193,70
30/06/2011	25/07/2011	3.530,00	10%	353,00
31/07/2011	25/08/2011	950,56	10%	95,06
31/08/2011	25/09/2011	675,60	10%	67,56
31/10/2011	25/11/2011	1.379,97	10%	138,00
30/11/2011	25/12/2011	6.359,64	10%	635,96
31/12/2011	25/01/2012	3.512,36	10%	351,24
TOTAL	Infração 02			3.791,13
30/04/2009	25/05/2011	278,18	1%	2,78
31/05/2009	25/06/2011	329,56	1%	3,30
30/06/2009	25/07/2009	135,72	1%	1,36
30/09/2009	25/10/2009	1.134,15	1%	11,34
31/10/2009	25/11/2009	137,00	1%	1,37
30/11/2009	25/12/2009	2.876,04	1%	28,76
31/01/2010	25/02/2010	2.217,81	1%	22,18
28/02/2010	25/03/2010	3.605,47	1%	36,05
30/04/2010	25/05/2010	4.311,66	1%	43,12
30/06/2010	25/06/2010	1.850,00	1%	18,50
30/07/2010	25/08/2010	989,95	1%	9,90
31/10/2010	25/10/2010	1.905,90	1%	19,06
30/11/2010	25/12/2010	5.773,15	1%	57,73
31/01/2011	25/02/2011	4.048,80	1%	40,49
28/02/2011	25/03/2011	4.540,80	1%	45,41
31/03/2011	25/04/2011	3.500,00	1%	35,00
30/04/2011	25/05/2011	967,81	1%	9,68
30/06/2011	25/07/2011	1.940,86	1%	19,41
30/07/2011	25/08/2011	2.277,00	1%	22,77
31/08/2011	25/09/2011	14.354,60	1%	143,55
30/09/2011	25/10/2011	26.704,40	1%	267,04
31/12/2011	25/01/2012	160,60	1%	1,61
Total	Infração 04			840,41

Infrações procedentes em parte.

A infração 03 decorreu da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Em decorrência do cometimento de equívocos na apuração da infração, tais como a inclusão de mercadorias sujeitas à antecipação total, ao fato de alguns valores já estarem recolhidos, e de valores parcialmente recolhidos que não teriam sido considerados, o autuante refaz o levantamento original e abate também o valor correspondente à denúncia espontânea nº 600000.3235133. Disso resulta que o valor exigido remanesce em R\$3.950,86, conforme explicitado na planilha de fls. 495 a 498 do PAF, no que concordo.

Infração procedente em parte, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocorr	Data Vencdo.	Base de cálculo	Alíquota	Valor histórico
31/12/2009	25/01/2010	300,36	17	51,06

30/04/2010	25/05/2010	15,18	17	2,58
30/05/2010	25/06/2010	710,65	17	120,81
30/11/2010	25/12/2010	442,00	17	75,14
31/01/2011	25/02/2011	1.257,53	17	213,78
28/02/2011	25/03/2011	1.595,36	17	271,21
30/03/2011	25/04/2011	924,89	17	157,23
30/04/2011	25/05/2011	2.918,42	17	496,13
31/05/2011	25/06/2011	933,18	17	158,64
30/06/2011	25/07/2011	3.889,59	17	661,23
31/07/2011	25/08/2011	3.735,95	17	635,11
31/08/2011	25/09/2011	205,83	17	34,99
30/09/2011	25/10/2011	2.372,47	17	403,32
31/10/2011	25/11/2011	306,95	17	52,18
30/11/2011	25/12/2011	1.186,42	17	201,69
31/12/2011	25/01/2012	2.445,65	17	415,76
Total				3.950,86

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ªJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- i. Constatou que o Auto de Infração atenderia a todas as formalidades para a sua validade, obedecendo aos requisitos constantes no art. 39 do RPAF/99;
- ii. No tocante ao mérito, em relação à infração 1, observou que o autuante teria procedido à correção das MVA's aplicadas, bem como teria reconhecido os valores já pagos tempestivamente. Dessa forma as notas fiscais remanescentes seriam as de nº 271 e 300, totalizando o valor devido pela infração em R\$ 201,34;
- iii. Quanto às infrações 2 e 4, argumentou que, por se tratarem de notas fiscais eletrônicas, o sistema de emissão possuiria uma função que avisaria ao suposto destinatário as respectivas emissões, e que o Defendente não teria sido trazido aos autos qualquer manifestação contrária ao cadastramento de quaisquer dos documentos objeto da autuação. No entanto, atestou que o autuante teria acatado parcialmente as alegações defensivas, no que concerne à comprovação do registro de parte das notas fiscais, diminuindo o valor da multa exigida na infração 2, para o valor de R\$ 3.791,15 e da infração 04 para R\$ 840,41;
- iv. No tocante à infração 3, destacou que o autuante refez o levantamento fiscal, em decorrência do reconhecimento de que teria incluído mercadorias sujeitas à antecipação total, de que alguns valores já estariam recolhidos, e de que valores parcialmente recolhidos não teriam sido considerados, bem como que não teria levado em consideração a Denúncia Espontânea de nº 600000.3235133. Dessa forma, reduziu o valor devido pela infração, para o patamar de R\$ 3.950,86.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 528/534)**.

- i. Argumentando, em relação à infração 1, que não haveria nos autos qualquer prova da efetiva entrada das mercadorias representadas pelas Notas Fiscais nºs 271 e 300, e que, o mesmo não seria obrigado a manifestar-se, enquanto destinatário, para alegar o desconhecimento da operação, pois tal obrigação somente teria sido prevista recentemente, e para mercadorias outras que as objeto das referidas notas fiscais; nos termos do §14, do art. 89 do RICMS/12;
- ii. Quanto às infrações 2 e 4, reproduziu o §14, do art. 89 do RICMS/12, para afirmar que o Fisco não poderia exigir diligência do Recorrente quanto à manifestação relativa ao não ingresso em seu estabelecimento de mercadorias, cujas notas fiscais teriam sido emitidas fraudulentamente por terceiros. Arguiu ainda que o autuante não teria se desincumbido do ônus de provar a entrada ou a circulação das mercadorias, cujas notas fiscais não constariam no livro de registro de entradas do contribuinte. Ainda listou o numero das notas fiscais cuja entrada não teria sido provada pelo i. Fiscal;

- iii. No tocante à infração 3, arguiu que não haveria prova nos autos de que as mercadorias teriam ingressado no estabelecimento do Recorrente, bem como afirmou não merecer prosperar a cobrança relativa à diferença aplicada pelo sujeito passivo quanto ao desconto previsto nos artigos 273 e 274, pois esses não exigiriam que o pagamento, para efeito do benefício, devesse ser totalmente realizado dentro do prazo. Além disso, considerou que pela falta de comprovação da omissão de saídas, o autuante somente poderia exigir a multa de 60%, nos termos do art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96;
- iv. Por fim, argumentou que o art. 217, §3º, I, do RICMS/2012, determinaria claramente que a escrituração das entradas deveria ser feita com base na data da efetiva entrada; e não da emissão do documento fiscal de aquisição. Diante disso, requereu que os demonstrativos fiscais fossem refeitos, após o expurgo dos defeitos supra apontados pelo Recorrente.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2014, com o objetivo de exigir da oro recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$23.399, em decorrência do cometimento de 4 (quatro) infrações.

As infrações se relacionam, e para um melhor entendimento fático, analisarei as infrações 2 e 4 conjuntamente, uma vez que as mesmas se referem à cobrança de multa em razão da não escrituração da entrada de mercadorias tributáveis (Infração 2) e não tributáveis (Infração 4).

Em primeira instância, o Recorrente conseguiu comprovar o registro de grande parte das notas fiscais constantes do presente lançamento. Por sua vez, nega o recebimento das demais mercadorias, bem como afirma que não teria como produzir uma prova negativa do não recebimento das mesmas, bem como não teria a obrigação legal de diligenciar a negativa do recebimento das mesmas até porque não tinha ciência da existência delas.

Ressalta que existem precedentes deste CONSEF julgando improcedentes situações semelhantes, quando não abarcado o lançamento por notas fiscais constantes do CFAMT, e que por isso faltaria certeza da ocorrência da infração.

De fato, existem alguns precedentes deste CONSEF nesse sentido, inclusive deste Relator, mas entendo que são situações fáticas distintas.

No caso citado pelo Recorrente se tratava de lançamento com base em segundas vias de notas físicas, sem qualquer registro de ingresso físico no Estado.

Por sua vez, no caso concreto, estamos falando da emissão de Notas Fiscais eletrônicas, relativas a produtos efetivamente comercializados pelo Recorrente, e de fornecedores frequentes do mesmo.

Outrossim, como bem asseverado pela JJF, a Nota Fiscal Eletrônica emite aviso de emissão ao destinatário, e em que pese apenas recentemente a legislação estadual tenha sido alterada para dispor sobre presunção legal de recebimento no caso da falta de negativa formal, entendo que mesmo antes da modificação legal, em que pese não existisse obrigação legal expressa, deve ser feita uma análise em cada caso, a fim de verificar se há um grau de certeza razoável da ocorrência da infração.

No que se referem às Infrações 2 e 4, o Recorrente se insurge contra a manutenção de cerca de 120 notas fiscais eletrônicas que alega não ter recebido. Ressalto ainda que em algumas notas eletrônicas possuem dados de transportadores e de números de duplicatas, o que são outros indícios da ocorrência da operação comercial.

Ora, não é factível que o recorrente não tenha recebido a comunicação de emissão de nenhum desses 120 documentos fiscais, e em notificado, não tenha adotado nenhuma medida perante o

emitente. Ressalte-se ainda que todos os produtos são comercializados pelo recorrente, e se tratam de empresas com a qual o mesmo mantém relação comercial.

Sequer fora juntado um e-mail ou comunicação com os emitentes solicitando o cancelamento do respectivo documento. Não há nada que demonstra a boa fé do contribuinte nesse sentido. E repito, não entendo ser factível que o mesmo tenha recebido a notificação de emissão de aproximadamente 120 documentos fiscais, em um total de operações mercantis de aproximadamente R\$ 50 mil reais sem que tenha adotado qualquer medida perante os emitentes, pessoas jurídicas de sua relação comercial frequente.

Assim, entendo que no caso concreto caberia ao Recorrente trazer elementos fáticos que comprovassem as suas alegações, e entendo que não o fez, razão pela qual entendo restarem subsistentes as Infrações 2 e 4.

Em razão dos mesmos fundamentos acima alinhavados entendo restarem subsistentes o saldo remanescente das Infrações 1 e 3, uma vez que as mesmas se referem à falta de recolhimento do ICMS substituição tributária (Infração 1) e antecipação parcial (Infração 3), relativas às notas fiscais não escrituradas, objeto do presente lançamento.

O contribuinte não se insurge quanto ao cálculo, apenas afirma que não recebeu os respectivos documentos fiscais, fundamento já rebatido.

Quanto ao fundamento de que não haveria sido aplicado o desconto previsto nos arts. 273 e 274 do RICMS/12, cumpre ressaltar que o §4º. do art. 352-A do RICMS/97, vigente à época dos fatos, repetido pelo citado art. 274 do RICMS/2012 é claro ao dispor que o desconto apenas será concedido caso o pagamento seja realizado no prazo regulamentar, trata-se de benefício condicionado que perderia completamente o sentido com a interpretação sustentada pelo Recorrente.

Em tempo, em se tratando de notas não escrituradas no LRE do contribuinte, e por consequência lógica, não tem o Fisco Estadual possibilidade de saber o dia do efetivo ingresso físico da mercadoria, exatamente porque não escriturada pelo contribuinte. Assim, não há outra data para constar do levantamento fiscal senão a da emissão do documento fiscal.

Em razão de tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232115.0001/14-5**, lavrado contra **JOÃO PEDRO FERREIRA DOS SANTOS (SUPER BARATÃO) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.151,90** acrescido das multas de 60% sobre R\$4.100,84 e 50% sobre R\$51,06 previstas no art. 42, incisos II, “d” e I, “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$4.631,56** previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS