

A. I. Nº - 232368.0005/14-4
AUTUADO - HERMÓGENES COMPUTADORES E INFORMÁTICA LTDA - EPP
AUTUANTE - PEDRO PAULO CARNEIRO RIOS
ORIGEM - INFAS F. SANTANA
INTERNET - 30.07.2015

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-02/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **b.1)** FALTA DE PAGAMENTO **b.2)** RECOLHIMENTO A MENOS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a.1)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO; **a.2)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** FALTA DA ENTREGA. EXTRAVIO. **c)** EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir às infrações. Afastada preliminar de nulidade. Negado o pedido de diligência. Infrações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/08/2014, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$130.419,88, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$10,94.

INFRAÇÃO 02 – 07.21.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$21.062,21.

INFRAÇÃO 03 – 07.21.04 - Recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$661,43.

INFRAÇÃO 04 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor histórico R\$82.744,47.

INFRAÇÃO 05 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor histórico R\$232,47.

INFRAÇÃO 06 – 16.03.02 – Extraviou documentos fiscais. Valor histórico R\$460,00.

INFRAÇÃO 07 – 16.12.16 – O contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF – nas situações em que, legalmente, está obrigado. Valor histórico R\$25.248,36.

O autuado, folhas 1.156 a 1.166, apresentou defesa, inicialmente alegando que as descrições das infrações apontadas não apresentam clareza, possuindo expressões confusas e imprecisas, impossibilitando ao autuado o seu direito ao exercício da ampla defesa.

Quanto à infração 01, ressalta que até pela irrelevância dos valores reclamados, se vê que é totalmente descabido. Acrescenta que a cobrança é feita de produto que não possibilita afirmar se se trata de produto sujeito a antecipação tributária, uma vez que não há informação em que se baseou para incluí-lo na hipótese de incidência, já que não se vê qual o protocolo, convênio ou qualquer outro instrumento legal que possibilite a cobrança pretendida.

Em relação às infrações 02 e 03, frisa que apesar do zelo na elaboração do “Demonstrativo 2” e do “Demonstrativo 3”, o levantamento fiscal se baseia em documentos fiscais que, em sua maioria, não foram adquiridos pela autuada, não possuindo no presente Auto de Infração a indicação de onde foram retiradas as informações, uma vez que a simples elaboração de uma planilha e de apresentação de cópias de Notas Fiscais, não provam que efetivamente foram adquiridas pela autuada, tornando-se necessária a comprovação de que efetivamente as mercadorias ingressaram no estabelecimento da autuada e que seria, sem dúvida, este que atuou como adquirente. Entende que haveria de se encontrar as provas de que foi este contribuinte, e não outro utilizando-se de seu cadastro, que praticou as operações relacionadas brilhantemente nas planilhas (embora carecendo de provas), razão porque não há como prosperar a cobrança.

Relativamente às infrações 04 e 05, salienta que o autuante deveria fazer prova e não apenas uma relação de notas que ele encontrou, sem indicação sequer da origem. Caso contrário, qualquer pessoa que de forma dolosa utilize o cadastro de outra empresa, transferiria a terceiros inocentes a culpa de algo que não cometeu.

Ressalta que a constatação da existência de notas fiscais, oriundas de retenção em Postos Fiscais ou em outros bancos de dados, indica, apenas, a possibilidade de existência de ilícito tributário. Porém tal indício (a falta de registro), por si só, não poderá constituir-se em ilícito tributário, citando doutrina sobre o tema.

Aduz ser necessário que o fisco comprove a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no caso de levantamento quantitativo de mercadorias, neste caso sim, estando os levantamentos corretos a prova é inequívoca. No caso sub exame, não se cuidou de proceder a levantamento de estoque, e pior, o Autuante estava de posse de todos os livros e documentos fiscais que lhe permitiria, sem nenhum questionamento, a consecução de um levantamento de auditoria de estoques.

Reitera que deve o Estado comprovar o efetivo ingresso das mercadorias na empresa, sendo, este, um dever incontornável. Diz que, agindo diversamente estar-se-ia exigindo, do contribuinte, a produção de provas negativas, as ditas provas diabólicas. Ademais estaria comprometendo o Princípio da Segurança Jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova, que, neste caso, entende ser dever do Fisco.

No tocante à infração 06, frisa que não há que se falar em extravio, uma vez que os documentos relacionados apenas não foram, ao tempo da fiscalização, localizados e não extraídos, como diz.

Já com relação à infração 07, aduz que há que se reconhecer que o contribuinte autuado deveria ser louvado, uma vez que diante de impossibilidades técnicas de utilização de seu ECF, em vez de efetuar vendas sem notas fiscais, emitiu as notas fiscais série D-1 para acobertar as suas operações de vendas a consumidor final. Assim, seria por demais penoso aplicar a penalidade reclamada no auto. A penalidade, neste caso, deve ser absorvida pelo pagamento do ICMS que foi

gerado pela tempestiva escrituração dos documentos e seus respectivos recolhimentos, por ser, no mínimo, de bom senso.

Ao final, requer a improcedência total da autuação ou a realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 1.169 a 1.174, preliminarmente, ressalta que não procede a alegação de nulidade, pois foi dado conhecimento ao contribuinte de todas as etapas do procedimento de fiscalização, desde a sua instauração, com a intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais, como da ciência da lavratura do auto de infração com o fornecimento de cópias de todos os anexos e demonstrativos, além de todos os documentos que embasaram, conforme exaustivamente elencado no sumário, folha 12, onde é possível visualizar todo o caminho percorrido para o lançamento do crédito tributário.

Frisa, também, que não procede a alegação quanto às descrições das infrações por serem padronizadas e de uso geral e encontram-se acompanhadas da indicação do correspondente demonstrativo onde as apurou e não foi citado nenhum termo confuso ou impreciso.

Quanto à infração 01, destaca que foi apurada conforme Demonstrativo 01, fl. 23, onde se faz referência ao produto “lousa” que figura entre os produtos de papelaria, cuja previsão de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária está no item 38, do inciso II, do artigo 353, do RICMS/97, e margem de valor adicionado prevista no Protocolo 109/09 e 28/10, item 40, do Anexo 88, do mesmo regulamento, com vigência à época do fato gerador.

Em relação às infrações 02 e 03, realça que todos os documentos que dão suporte aos demonstrativos são Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, constantes das Relações de Notas dos anos de 2010 e 2011, relatórios às folhas 13 a 22, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, conforme protocolo.

Menciona que a Nota Fiscal Eletrônica é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, como o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes. Sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do remetente (garantia de autoria e de integridade) e a Autorização de uso é fornecida pela Fisco, antes da ocorrência do fato gerador.

Acrescenta que os documentos eletrônicos são de conhecimento dos destinatários das mercadorias, já que estes podem acessá-los, mediante uso de senha. Em eventual ocorrência de faturamento indevido, o contribuinte lesado tem a obrigação de comunicar à Inspetoria Fazendária de sua jurisdição para adoção de providências ou ainda, apresentar queixa em uma delegacia especializada a fim de que seja investigada a prática, pois corresponderia a um crime, procedimento este que não se verificou no caso concreto.

Ressalta a total sintonia entre as mercadorias descritas nos documentos fiscais arrolados nos demonstrativos que embasam as infrações, com aqueles comercializados pelo contribuinte e os remetentes das mesmas fazem parte do rol de fornecedores da defendant e são empresas de tradição no mercado.

Salienta não ser plausível o argumento de que falta a indicação da origem dos documentos fiscais, já que se encontram acostadas ao PAF.

Especificamente, em relação à infração 03, aduz ser inconcebível a alegação da defesa, uma vez que se refere aos documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte e que constam do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, fls. 96 a 99, que demonstrou o efetivo recolhimento a menor.

Relativamente às infrações 04 e 05, frisa que se referem à aplicação de multas pela falta de cumprimento de obrigação acessória, por ter deixado de registrar, na escrita fiscal, vários documentos fiscais eletrônicos constantes dos relatórios já mencionados e cujas cópias do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, fez-se acompanhar dos demonstrativos

4 e 5, onde se apurou as infrações e dos quais foram entregues cópias ao contribuinte. Assim, entende que não há como negar a origem dos documentos fiscais, nem que não tenha adquiridos as mercadorias, pois, trata-se exclusivamente de Documentos Fiscais Eletrônicos, com validade jurídica assegurada pela assinatura digital do emitente e devidamente autorizados pelas Administrações Tributárias da Unidades da Federação de origem e antes da ocorrência do fato gerador, todas sem registro na escrita fiscal do autuado, conforme confronto com o livro Registro de Estradas de Mercadorias, cópias folhas 1.100 a 1.153 dos autos.

No tocante à infração 06, salienta que se fosse verdadeira a alegação da defesa, não teria razão para o contribuinte não ter entregue na repartição fazendária de sua jurisdição fiscal o formulário disponibilizado pela SEFAZ, relacionando todos os documentos fiscais não utilizados, conforme determina os artigos 47 e 48 do RICMS/12.

No que concerne à infração 07, assegura não ser verdadeira a alegação defensiva de impossibilidade de uso do ECF, pois deliberadamente o contribuinte optou em não fazer uso do equipamento de controle determinado pela legislação e efetivamente emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do ECF, não tendo apresentado nenhum atestado de intervenção técnica no equipamento para justificar sua alegação.

Ao final, opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações assessorias decorrente de 07 infrações.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas. Foi dado conhecimento ao contribuinte de todas as etapas do procedimento de fiscalização, desde a sua instauração, com a intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais, como da ciência da lavratura do auto de infração com o fornecimento de cópias de todos os anexos e demonstrativos.

De igual modo, não procede a alegação quanto às descrições das infrações por serem padronizadas e de uso geral, bem como encontram-se acompanhadas da indicação do correspondente demonstrativo onde as apurou e não foi citado nenhum termo confuso ou impreciso.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas

de Pequeno Porte - Simples Nacional referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor histórico R\$10,94.

Em sua defesa o autuado ressalta que até pela irrelevância dos valores reclamados, se vê que é totalmente descabido e que o autuante não pode incluir, a seu bel-prazer, mercadorias na Substituição Tributária sem indicar de forma precisa a norma que supostamente prevê a Tributação.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que à infração foi apurada conforme Demonstrativo 01, fl. 23, onde se faz referência ao produto “lousa” que figura entre os produtos de papelaria, cuja previsão de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária está no item 38, do inciso II, do artigo 353, do RICMS/97, e margem de valor adicionado prevista no Protocolo 109/09 e 28/10, item 40, do Anexo 88, do mesmo regulamento, com vigência à época do fato gerador.

Logo, a infração 01 é procedente.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$21.062,21. Enquanto que, na infração 03 é imputado o recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico R\$661,43.

Em sua defesa o autuado frisa que que apesar do zelo na elaboração do “Demonstrativo 2” e do “Demonstrativo 3”, o levantamento fiscal se baseia em documentos fiscais que em sua maioria não foram adquiridos pela autuada, não possuindo no presente Auto de Infração a indicação de onde foram retiradas as informações.

Igualmente, entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir às infrações 02 e 03. Como bem destacou o autuante os documentos que dão suporte aos demonstrativos são Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, constantes das Relações de Notas dos anos de 2010 e 2011, relatórios às folhas 13 a 22, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

Devo ressaltar que a Nota Fiscal Eletrônica é um documento de existência apenas digital, tendo sua validade jurídica garantida pela assinatura digital do remetente e a Autorização de uso é fornecida pela Fisco, antes da ocorrência do fato gerador. Tais documentos são de conhecimento dos destinatários das mercadorias, já que estes podem acessá-los, mediante uso de senha. Em eventual ocorrência de faturamento indevido, o contribuinte lesado tem a obrigação de comunicar à Inspetoria Fazendária de sua jurisdição para adoção de providencias ou ainda, apresentar queixa em uma delegacia especializada a fim de que seja investigada a prática, pois corresponderia a um crime, procedimento este que não se verificou no caso concreto.

Observo, ainda, a total sintonia entre as mercadorias descritas nos documentos fiscais arrolados nos demonstrativos que embasam as infrações, com aqueles comercializados pelo contribuinte e os remetentes das mesmas fazem parte do rol de fornecedores da defendant.

Especificamente, em relação à infração 03, se refere aos documentos fiscais apresentados pelo próprio contribuinte e que constam do Documento de Arrecadação Estadual – DAE, fls. 96 a 99, que demonstram o efetivo recolhimento a menor.

Assim, ficam mantidas as infrações 02 e 03.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Enquanto que, na infração 05 é

imputado a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

A defesa alega que a constatação da existência de notas fiscais, oriundas de retenção em Postos Fiscais ou em outros bancos de dados, indica, apenas, a possibilidade de existência de ilícito tributário. Porém, tal indício (a falta de registro), por si só, não poderá constituir-se em ilícito tributário, citando doutrina sobre o tema. Aduz ser dever do Estado comprovar o efetivo ingresso das mercadorias na empresa, sendo, este, um dever incontornável.

Assim como nas infrações anteriores, o argumento defensivo não pode ser acolhido. A nota fiscal coletada no sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT) é prova suficiente da operação nela consignada e, portanto, não há a necessidade da investigação sobre a entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário ou da comprovação do pagamento correspondente. O entendimento reiterado do CONSEF, materializado em diversos julgados, apenas a título de exemplo CJF 0015-12/10, 0370-12/09, 0056-11/09, 0109-12/09, 0078-12/09, 0006-11/09, 0235-12/09, 0037-12/11, 0077-11/11, 0228-12/11, 0248-12/11, 0249-12/11, 0250-12/11, 0282-12/12 e 0245-12/11, todos das Câmaras de Julgamento Fiscal, tem sido no sentido de que a cópia de nota fiscal é elemento essencial de prova da circulação da mercadoria no território baiano, em se tratando do CFAMT.

Quanto às Notas Fiscais Eletrônicas, conforme já examinado acima, tais documentos têm validade jurídica assegurada pela assinatura digital do emitente e devidamente autorizados pelas Administrações Tributárias das Unidades da Federação de origem e antes da ocorrência do fato gerador, todas sem registro na escrita fiscal do autuado, conforme confronto com o livro Registro de Estradas de Mercadorias, cópias folhas 1.100 a 1.153 dos autos.

Logo, às infrações 04 e 05 ficam mantidas.

Na infração 06 é imputado ao sujeito passivo ter extraviado documentos fiscais.

Em sua defesa o autuado nega o cometimento da infração, entretanto não apresenta nenhum documento para comprovar a existência dos documentos fiscais objeto da imputação. Cabe registrar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, à infração 06 fica mantida.

Na infração 07 é imputado ao sujeito passivo ter emitido documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de Equipamento de Controle Fiscal – ECF – nas situações em que, legalmente, está obrigado.

A defesa confirma que emitiu as notas fiscais série D-1 para acobertar as suas operações de vendas a consumidor final diante de impossibilidades técnicas de utilização de seu ECF.

Por sua vez, o autuante destaca que deliberadamente o contribuinte optou em não fazer uso do equipamento de controle determinado pela legislação e efetivamente emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do ECF, não tendo apresentado nenhum atestado de intervenção técnica no equipamento para justificar sua alegação.

Mais uma vez, a defesa não apresenta nenhum documento para comprovar sua alegação. A nota fiscal somente pode ser emitida quanto houver impossibilidade, comprovada, de utilização do ECF. Portanto, a simples negativa da autuação não é capaz de elidir a imputação, razão pela qual, mais uma vez ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a

presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Logo, a infração 07 fica mantida na autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232368.0005/14-4**, lavrado contra **HERMÓGENES COMPUTADORES E INFORMÁTICA LTDA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.734,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no incisos II, alínea “d”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$108.685,30**, previstas nos incisos IX, XI, XIII-A e XIX, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR