

A. I. Nº - 2105653005/16-2  
AUTUADO - JOSICLEIA OLIVEIRA DE SOUZA - ME  
AUTUANTE - MARLON MARTINS AZEVEDO  
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
PUBLICAÇÃO INTERNET - 25.11.2016

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0214-04/16**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NÃO INCUÍDAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO/ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Após saneamento dos autos, houve a diminuição do valor do imposto exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/06/2016, exige ICMS no valor de R\$76.186,71, acrescido da multa de 60%, em decorrência da constatação falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período: exercício de 2011, com exceção do mês de abril; exercício de 2012 com exceção dos meses de fevereiro e outubro; março a dezembro de 2013 (exceto mês de outubro); exercício de 2014 (exceto janeiro e fevereiro) e exercício de 2015 (exceto mês de agosto).

A empresa autuada, impugnando o lançamento fiscal (fls. 20/27), preliminarmente descreve a infração a ela imputada, bem como, transcreve a legislação apontada pelo fiscal autuante como infringida.

Em seguida diz que a infração não condiz com a realidade dos fatos. Em assim sendo, deve ser o Auto de Infração anulado com base no art. 47, do RPAF/BA, o qual transcreve.

Em seguida, afirma não reconhecer a NF-e nº 364, vez que nunca comprou as mercadorias no documento indicadas, tendo sido vítima de fraude. Inclusive procedeu a denúncia junto à autoridade policial competente, conforme comprova o Boletim de Ocorrência (apensado aos autos). Informa que tomará as medidas cabíveis neste sentido.

E, em relação àquelas de nºs 9.309, 133.543, 150.822 e 154.648 não se referem a compras de mercadorias, mas, sim, de material de uso e consumo, não sendo pertinente a exigência do imposto decorrente da antecipação parcial tributária, como se observa das disposições do art. 2º, da Lei Complementar nº 87/96 e art. 352-A, do RICMS/97.

Após tais colocações, diz que: “*Neste viés, inexistindo fato gerador, que é a base para a legalidade da cobrança do imposto em questão, há ocorrência de ilegalidade na cobrança do mesmo, implicando considerar que tudo quanto está sendo cobrado do requerido no Auto de Infração é indevido, na forma que foi lançado, o que torna o Auto portador de erro insanável*”. Apresenta julgado do STJ onde esta Corte reiterou a sua jurisprudência e do STF no sentido de que o fato gerador do ICMS requer a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade.

Assim, não reconhece os documentos fiscais citados “*não havendo como prosperar os lançamentos do Auto de Infração, devendo o mesmo ser CANCELADO, conforme comando do artigo 47 do Decreto 7.629/99*”. E continua: “*o simples fato de haver notas fiscais supostamente*

*vinculadas à empresa a quem se aponta o dever de cobrar o imposto supostamente devido, não implica considerar seja tal cobrança válida, quando não se reconhece a validade ou mesmo a legalidade de tais documentos, mais precisamente, quando não se reconhece a movimentação de mercadorias. Isto implica na inexistência de fato gerador, que se dá não com a emissão da nota, no caso em tela ilegal, mas com a efetiva movimentação de mercadoria, o que no caso em tela não aconteceu”.*

Afora tais fato, diz que o Auto de Infração não apresenta o comprovante de recebimento de mercadoria, tendo, apenas, relacionado notas fiscais constantes do sistema integrado.

Com base nestes argumentos, entende que a multa e “a atualização de mora” lançadas no Auto de Infração são indevidas, devendo o mesmo ser cancelado.

Por fim requer: “*Isto posto, e diante de tudo quanto relatado, requer seja cancelado o auto de infração, bem como a cobrança do imposto ICMS originado das notas não reconhecidas como fato gerador, da multa aplicada sobre tal imposto, e da atualização de mora também decorrente deste imposto, eis que, como resta lançado na fundamentação supra, é totalmente indevida tal cobrança, eis os vícios apontados no auto, que tornam tal valor equivocado. Neste viés, impugnam-se as notas fiscais de números 364, 9.309, 133.543, 150.822 e 154.648, na forma da fundamentação supra, requerendo, de sobejo, nova apuração, sendo caso*”. E afirma pretender provar o alegado por todos os meios e provas no direito admitidos, principalmente prova documental e, caso necessário, pericial.

Em sua informação fiscal (fl. 49/51), o autuante após transcrever a infração, à empresa imputada e sintetizar a defesa apresenta, afirma que após análise dos argumentos apresentados, concorda com o contribuinte em relação às NF-e nº 9.309, 133.543, 150.822 e 154.648, tendo em vista que as aquisições foram, de fato, para uso e consumo do estabelecimento. Com tais exclusões reduziu o valor do ICMS exigido de R\$76.186,71 para R\$75.144,26.

Em relação à NF-e nº 364 de 10/10/2015, o valor da compra e as mercadorias realmente não se encaixam no padrão de compra do contribuinte. Com tal constatação, procedeu a várias tentativas de contato telefônico com o remetente, sem sucesso. Como o telefonema não foi atendido, crer que o fornecedor nem mais existe.

Não aceita como prova o Boletim de Ocorrência Policial apresentado pelo deficiente (fl. 32 dos autos), pois ele tem data de 28/06/2016, quase um ano depois da data de emissão da nota fiscal que é de 10/10/2015.

Entretanto, acredita que o contribuinte está falando a verdade, mesmo sem apresentar provas cabais. Em assim sendo, deixa a questão a ser decidida por este CONSEF.

E se este Colegiado decidir por sua exclusão, o valor a ser exigido na presente ação fiscal passa para R\$63.444,26.

Pugna pela procedência parcial da autuação.

## VOTO

O presente lançamento fiscal é constituído de uma única infração, qual seja, a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime de 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.

O impugnante pede a nulidade das notas fiscais que impugna, por não existir prova da circulação das mercadorias, bem como, prova da operação de mercâncias. E nesta esteira, solicita, de igual forma, a nulidade do Auto de Infração.

Em primeiro, é necessário pontuar que acaso as razões de defesa sejam pertinentes em relação às

notas fiscais impugnadas, este não é caso de nulidade do lançamento, mas sim de improcedência da autuação relativa a esta situação.

Segundo, os argumentos de nulidade na forma apresentada foram específicos à determinadas situações. Neste caso, eles não contaminam todo o Auto de Infração.

No mais, existe equívoco do defendant em citar o art. 47, do RPAF/BA. As suas determinações são para cancelamento da ação fiscal antes de se dar prosseguimento ao processo administrativo, ou seja, mesmo antes da ciência e da apresentação da impugnação pelo contribuinte, objetivando a renovação da ação fiscal.

Assim, não existindo motivo a desaguar em qualquer nulidade da ação fiscal, este pedido é rejeitado e adentro ao mérito da autuação.

O impugnante apresenta a seguinte argumentação:

1. As NFe de nºs 9.309, 133.543, 150.822 e 154.648 não se referem a compras de mercadorias mas sim de material de uso e consumo do seu estabelecimento. O autuante, após exame, concordou com a razão de defesa. De fato, ao analisar os nominados documentos fiscais foram aquisições de material para equipamento antifurto, não inserido na atividade da empresa autuada que é o comércio varejista de vestuário, calçados, cama, mesa e banho, entre outras. Neste caso, não foram aquisições para comercialização, estando excluídas das determinações contidas no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96.
2. NFe nº 364, no valor de R\$117.000,00, emitida pela empresa Mara da Conceição Lourdes – ME, CNPJ 21.814.404/0001-99, situada na cidade de Muriaé, Estado de Minas Gerais. O autuado afirma que nunca adquiriu as mercadorias constantes do referido documento fiscal, tendo sido vítima de fraude. Apresentou Boletim de Ocorrência Policial e informou de que estará tomando medidas cabíveis sobre o fato.

O autuante não aceitou como prova para desconstituir a autuação em relação ao nominado documento fiscal o referido Boletim de Ocorrência, deixando a cargo deste CONSEF avaliar a situação. No entanto, informou:

- a) Buscou entrar, por diversas vezes, em contato com o fornecedor (Mara da Conceição Lourdes – ME), não obtendo êxito. Pela falta do não atendimento dos telefonemas, acredita que tal empresa não mais existe.
- b) Pelo volume normal das aquisições do autuado, as quantidades dos produtos não são condizentes com o fluxo desta aquisição.
- c) Diante destes fatos e de sua experiência na fiscalização de 35 anos, acredita que o documento fiscal é inidôneo, ou seja, de fato, não houve tal aquisição.

Ao analisar a NF-e nº 364 (fl. 37), embora esteja autorizada pelo fisco de Minas Gerais, inconsistências se percebem, tais como:

- a) As quantidades dos diversos produtos ditos adquiridos (baby doll de lingerie, blusa, macaquinho e vestido liganete) são as mesmas (4.500) com o mesmo preço (R\$6,50) para todos. Ora, esta situação é de difícil aceitação, pois embora mercadorias do setor de vestuário, possuem elas preços e modelos diferenciados. Inclusive as suas descrições estão sumárias.
- b) Muito embora reste consignado no documento fiscal de que o valor do frete tenha sido do emitente do documento fiscal, não existe qualquer identificação deste transportador.
- c) Embora tenha sido indicado que as mercadorias foram empacotadas em 60 volumes (volume que a princípio é enorme já que as mercadorias se trataram de roupas de liganete) não existe o peso, nem bruto, nem líquido, deste volume indicado.
- d) Não existe no documento fiscal como se dará a quitação das mercadorias: se a prazo, ou

vista.

Em suma, todos os indícios do documento fiscal levam à sua inidoneidade.

Junta-se a tal situação, o fato relevante, conforme pontuou o autuante, de que o valor de tal aquisição foge do padrão da empresa, fato este que se pode verificar, inclusive, ao se analisar o levantamento fiscal, bem como, que o fornecedor, aparentemente, não mais existe, não havendo como se realizar uma pesquisa mais minuciosa sobre a situação.

Por tudo exposto, somente posso excluir da autuação o referido documento fiscal por falta de prova efetiva do fisco em relação às aquisições das referidas mercadorias. Neste caso, entendo que é a aplicação sumária do *in dubio pro reu*, no caso, pro contribuinte.

Em vista de tais colocações, desnecessário neste voto se entrar em discussão a respeito que fato gerador do imposto, da efetiva circulação jurídica da mercadoria ou mesmo a não apresentação do comprovante de recebimento das mercadorias.

Quanto à dispensa da multa e dos acréscimos monetários, observo que sobre os valores do imposto excluído, conforme voto ora prolatado, tais acréscimos e multa não são exigidos. No entanto, sobre a parte não impugnada, permanecem em obediências às determinações legais.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$63.444,26, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 41/46 dos autos.

### **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 **2105653005/16-2**, lavrado contra **JOSICLEIA OLIVEIRA DE SOUZA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.444,26**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR