

A. I. Nº - 117227.0301/09-6
AUTUADO - BROOKSFIELD COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 17.03.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ESTORNO DE DÉBITO A MAIOR DO ICMS DEBITADO A MAIS A TÍTULO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS; **b)** MERCADORIAS COM ICMS ANTECIPADO; **c)** ICMS RECOLHIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações reconhecidas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Apesar de reconhecida e recolhida pela contribuinte, a exigência deve ser declarada, de ofício, nula. Falta de previsão legal, à época, para a penalidade. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. **a)** SEM ANTECIPAÇÃO E COM SAÍDA POSTERIOR TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DE MULTA; **b)** ANTECIPAÇÃO A MENOS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Infrações reconhecidas. 4. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2009, exige o débito, no valor de R\$ 39.590,61, conforme documentos às fls. 13 a 97 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$ 76,44, inerente aos meses maio/05, janeiro/06 e dezembro/06, em desacordo com a legislação, uma vez que o contribuinte debitou ICMS sobre diferencial de alíquotas em valor maior que o devido e quando do estorno de parte do débito se creditou de valor maior que o de direito;
- 2 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 233,64, no mês de dezembro/05, inerente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária;
- 3 Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$ 6.288,27, referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária, nos meses de dezembro/05 a dezembro/06;
- 4 Multa, no valor de R\$ 7.752,67, correspondente ao percentual de 60% sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, inerente ao período de dezembro/04 a dezembro/06;

- 5 Multa, no valor de R\$ 7.815,64, correspondente ao percentual de 60% sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, inerente ao período de dezembro/04 a setembro/06;
- 6 Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação, no valor de R\$ 7.013,98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 88 e 89, nos meses de dezembro/05, setembro/06 e dezembro/06;
- 7 Omissão de saída de mercadoria tributada, com ICMS exigido de R\$ 10.409,97, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo ao mês de novembro/06.

À fl. 96 dos autos, consta autorização do Inspetor Fazendário para reabertura do prazo de defesa do contribuinte, a partir de 17/11/09, em razão de não ter sido apensado aos autos o Relatório de Informações TEF – Anual, relativo ao exercício de 2006.

O autuado, à fl. 101, através de sua sócia, apresenta manifestação requerendo a emissão do DAE para pagamento das infrações 01 a 06, no montante de R\$ 29.180,64, com a redução de 80% da multa.

Em seguida, em 17/12/09, apresenta defesa, às fls. 104 a 105 dos autos, na qual, inicialmente, ressalta que reconheceu a procedência do Auto de Infração em relação às infrações relacionadas nos itens 01 a 06, efetuando o recolhimento integral das mesmas, conforme documento de arrecadação, à fl. 126, datado e 27/11/09.

Em relação à infração 07, no valor de R\$ 10.409,97, apresenta os comprovantes relativos às reduções “Z” (fls. 127/143) que, segundo o contribuinte, por equívoco, não foram apresentados quando da fiscalização, referentes ao período de 01/11/06 a 18/11/06, valores integrantes de sua base de cálculo demonstrados na sua apuração de ICMS do mês de novembro de 2006, que, por lapso do autuante, deixou de considerar os mesmos, já que estavam devidamente escriturados no Registro de Saídas. Assim, diante do exposto, requer a improcedência da sétima infração.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 145 e 146, aduz que, após efetuar os ajustes relativos aos dados fornecidos pelo contribuinte, constatou que, de fato, o contribuinte não incorreu na infração 07, conforme demonstrado nas planilhas às fls. 147 e 148 dos autos. Logo, o valor exigido de R\$ 10.409,97 deve ser subtraído do total do Auto de Infração.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, o autuado não se pronuncia.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 39.590,61, relativo a sete irregularidades, sendo as seis primeiras infrações objeto de reconhecimento pelo contribuinte, logo, não fazendo parte da lide. Assim, a contenda se restringe apenas à sétima infração.

Contudo, apesar da quarta infração não compor da lide, juntamente com as infrações 01 a 03, 05 e 06, uma vez que foram reconhecidas e recolhidas pelo contribuinte, vislumbro que, mesmo assim, cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito, quanto à infração em contenda (no caso a sétima), se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

No caso presente, verifico que o lançamento de ofício, quanto à referida infração 04, apesar de reconhecida e recolhida pela contribuinte, conforme já havia dito, a exigência deve ser declarada nula, de ofício, por falta de previsão legal, à época, para a penalidade.

A aludida infração 04 exige a multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da

Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, cuja penalidade foi aplicada relativamente a fatos geradores ocorridos no período de dezembro de 2004 a dezembro de 2006.

Todavia, deve-se observar que tal sanção só passou a ter previsão legal a partir da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, cuja norma alterou o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, incluindo a expressão “inclusive por antecipação parcial”, conforme abaixo reproduzido:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;

Sendo assim, nos termos do art. 20 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, *de ofício*, declaro a nulidade desta infração, por falta de previsão legal à época das ocorrências, cabendo ao sujeito passivo, caso assim deseje, em processo apartado e de rito próprio, requerer a restituição do indébito fiscal correspondente, junto à repartição fiscal.

Ultrapassado esse óbice processual, passo a adentrar ao mérito da sétima infração, a qual exige o ICMS de R\$ 10.409,97, apurado por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo ao mês de novembro/06, cujo item foi impugnado pelo autuado, apensando aos autos, às fls. 127 a 143, Reduções “Z” não consideradas no levantamento fiscal, referentes ao período de 01/11/06 a 18/11/06, tendo o autuante, em sua informação fiscal, efetuado os ajustes e comprovado que o contribuinte não incorreu na citada infração, conforme demonstrou nas planilhas às fls. 147 e 148 dos autos, do que concordo, sendo insubstancial a exação fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 21.427,97, após, *de ofício*, declarar nula a quarta infração e julgar improcedente a sétima infração, devendo ser homologado os valores recolhidos, conforme DAE à fl. 126 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 **117227.0301/09-6**, lavrado contra **BROOKSFIELD COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 13.612,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além da multa percentual no montante de **R\$ 7.815,64**, prevista no inciso II, “d”, e § 1º, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo-se homologar os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR