

A. I. Nº - 113793.0011/00-8  
AUTUADO - LOJAS HB LTDA.  
AUTUANTE - CORIOLANO ALMEIDA CERQUEIRA  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 21.03.2011

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

**ACORDÃO JJF Nº 0033-05/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Comprovado o pagamento de parte do montante lançado. Excluídos tais valores na revisão fiscal. Reduzido o montante originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração não contestada. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. DEIXOU DE RECOLHER O IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. NULIDADE. A descrição da infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2010, lança crédito tributário no total de R\$10.362,70, em razão do cometimento das seguintes infrações:

1. recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Sendo lançado o valor de R\$ 4.405,11 e aplicada a multa de 60%;
2. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Sendo lançado o valor de R\$ 419,40 e aplicada a multa de 60%.
3. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Sendo lançado o valor de R\$ 5.538,19 e aplicada a multa de 70%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 71 e 72, dizendo que contesta em parte o Auto de Infração, porque em relação à Infração 1, identificou que as Notas Fiscais nºs 21055, 47676, 47056, e 47161 de dezembro de 2007; nº 75903 de junho de 2008; 1332 e 53723 de julho de 2008, tiveram os respectivos impostos recolhidos através de TFD, conforme cópias em anexo e que as Notas Fiscais nºs 98354 e 98355 de junho de 2008 foram lançadas erroneamente no livro registro de entradas com o Código Fiscal nº 2.102, quando o código correto seria o 2.949 por se tratarem de remessas, por esse motivo não foram lançadas com crédito de ICMS e não foi calculada a antecipação parcial das mesmas. Esclarece ainda que as notas fiscais de remessa são acompanhadas das notas de mercadorias para comercialização que no caso específico foram acompanhadas dos Documentos Fiscais nºs 53462 e 53463, devidamente lançadas e com imposto recolhido.

Quanto à Infração 3, alega que identificou as Notas Fiscais nºs 532831, 75514, 9801731 (198622), 9799702 (198618) e 98227161 (200666), escrituradas no livro Registro de Entradas e com os respectivos impostos recolhidos conforme cópias de documentos, anexas.

Conclui pedindo a revisão do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 108 a 110, no que se refere à Infração 1, registra que o autuado comprovou em tempo hábil o pagamento da antecipação parcial das Notas Fiscais de nºs 21055, 47676, 47056 e 47161 referentes ao mês de dezembro de 2007, através de Termo de Fiel Depositário – TFD, ficando com direito à exclusão do montante de R\$ 1.162,38 ( R\$ 1.134,60 + R\$ 27,78 ), correspondente ao valor recolhido através do TFD código 2183 – ICMS antecipado de descredenciados a ser deduzido do Item 10 do Auto de Infração, ficando mantida no item citado a importância de R\$ 958,16 ( R\$ 2.120,54 – R\$ 1.162,38 ).

Diz que verificou a mesma ocorrência com a Nota Fiscal de nº 75903, de junho de 2008, ICMS recolhido através de TFD na quantia de R\$ 276,07, código 2183 – ICMS antecipação de descredenciados.

Consigna que nas Notas Fiscais nºs 98354, 98355, 53462 e 53463 de remessa e transferência, houve erro na classificação do código de operação 2949 para 2102, com ICMS no valor de R\$ 321,99 totalizando a quantia de R\$ 598,06 (R\$ 321,99 + R\$ 276,07), e por que este motivo deve ficar mantida no item 13, a importância de R\$ 459,75 ( R\$ 1.057,81 – 598,06 ).

Aduz que o fato voltou a se repetir com as Notas Fiscais de nºs 1332 e 53723, no mês de julho de 2008. Afirma que os valores foram recolhidos através do trânsito de mercadoria nos postos de fronteira e, por equívoco não considerou nem incluiu o código de receita 2183 – ICMS antecipação de descredenciados, no montante de R\$ 268,02 (R\$40,50 + 227,53), recolhido a título de antecipação parcial. Argui que, com base em tais recolhimentos, fica mantido o valor de R\$3,86 (R\$ 271,88 – R\$ 268,02) para o item 14 da referida infração.

Pelos motivos expostos acima opina que sejam considerados os recolhimentos dos créditos referentes aos valores recolhidos no trânsito de mercadoria via TFD com o código 2183 – ICMS antecipação de descredenciados, por ter deixado de considerar nas suas planilhas de apuração de ICMS antecipação parcial o imposto pago nessa condição. Finaliza dizendo que mantém os diversos itens que totalizam a quantia de R\$ 2.376,65, conforme planilha anexa.

Entende que a Infração 2 deve ficar mantida na sua totalidade, considerando que não houve qualquer impugnação por parte do autuado com referência ao diferencial de alíquota na aquisição de material de uso e consumo com ICMS lançado no valor de R\$ 419,40.

Quanto à Infração 3, aduz que o autuado acostou ao processo folha do livro Registro de Entradas de Mercadorias para fazer prova do registro das Notas Fiscais de nºs 532831 e 75514, base de cálculo de R\$ 3.277,56 e R\$ 1.486,80, ICMS no total de R\$ 476,44 (327,76 + 148,68); das de nºs 198622, 9801731 e 198618, 9799702, valores de base de cálculo R\$ 863,34 e R\$ 990,00, com o valor do ICMS de R\$ 185,34 (86,34 + 99,00); e da de nº 200666 e 9827161 com valor de base de calculo de R\$ 3.163,40, com o ICMS no valor do ICMS R\$ 316,34, totalizando a quantia de R\$978,12 ( R\$ 476,44 + R\$ 185,34 + R\$ 316,34 ), alíquota de 17%, cujos valores deverão ser deduzidos do total desta infração com a exclusão nos itens 4º, 6º e 7º, com datas de ocorrências de 31/10/2007, 31/07/2008 e 31/08/2008 e data de vencimento 09/11/2007, 09/08/2008 e 09/09/2008.

Esclarece que desta infração devem ser mantidos os valores dos itens 1, 2, 3, 5 e 8 na sua totalidade e os itens 4 e 6 parcialmente nos valores de R\$.682,56 e R\$.996,90 respectivamente, sendo o item 7 zerado. Ficando a exigir nesta infração o total de R\$ 4.560,07.

Esclarece que as Notas Fiscais de nºs 198622, 198618 e 200666 foram digitadas no controle do CFAMT com os números de ordem de controle de formulário nº 9801731, 9799702 e 982716, respectivamente, induzindo ao autuante cometer o erro, quando não encontrou o devido registro das mesmas no LRE. Acrescenta que, na verdade, não poderia estar registrado, tendo em vista que os números corretos das Notas Fiscais seriam de nºs 198622, 198618 e 200666, devidamente comprovado pelo autuado, e não o número de controle de formulário, como procedeu o digitador do CFAMT.

Conclui dizendo que, considerando que o autuado entrou com o pedido de impugnação parcial do ICMS lançado através do Auto de Infração, tendo acostado ao PAF cópias das folhas do LRE e de documentos fiscais para fazer prova dos registros das notas fiscais mencionadas acima, opina pelo reconhecimento e pela exclusão dos itens vinculados aos documentos fiscais acostados ao PAF pelo autuado. Por tais razões, mantém o pedido de procedência parcial do Auto de Infração,

com ICMS reclamado nos valores de R\$ 2.376,65 + R\$ 419,40 + R\$ 4.560,07, totalizando a quantia remanescendo de R\$ 7.356,12.

## VOTO

Do exame das peças processuais, verifica-se que o Auto de Infração em lide, lança crédito tributário de ICMS em decorrência do cometimento de três infrações, que passo a analisá-las.

Na defesa apresentada, o contribuinte carreou aos autos diversas notas fiscais com o imposto pago antes do início da ação fiscal que foram incluídas no levantamento do autuante como sendo valores devidos atinentes às Infrações 1 e 3, e pediu que fossem excluídos do Auto de Infração os valores comprovados, conforme será exposto adiante. Não se defendeu em relação à imputação contextualizada na Infração 2, que a considero desde já subsistente, por não existir controvérsia atinente a tal infração.

No que se refere à Infração 1, recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, na defesa o contribuinte provou que fez a quitação do imposto lançado relativo às Notas Fiscais nºs 47056, 47161, 47676, 21055, de dezembro de 2007, nos valores de R\$ 238,40, R\$591,67, R\$304,53 e R\$27,78 respectivamente, no referido mês, totalizando R\$ 1.162,38, portanto, este valor deve ser excluído do total de R\$2.120,54 lançado, remanescendo, assim, no citado mês, a importância de R\$ 958,16 (1.20,54 – 1.162,38);

Restou provado em 2008, que o imposto da Nota Fiscal nº 75903, lançado em junho, no valor de R\$ 276,07, foi pago em DAE separado, no mês de maio (fl.42) e o ICMS das Notas Fiscais nºs 53462 e 53463, também lançado em junho, foi pago no bojo do recolhimento de julho no total de R\$9.674,16, cujo imposto nos valores de R\$ 146,97 e R\$ 312,84, foi deduzido no ato da apuração do montante lançado em junho, não tendo mais nada a deduzir; os valores das Notas Fiscais nºs 98354, 98355 no total de R\$ 4.598,10 (3.128,40 + 1.469,70), foram incluídos e tributados no levantamento de junho, com alíquota de 17%, inclusive, sem concessão de crédito fiscal, de forma indevida, tendo em vista que as mercadorias relacionadas em tais documentos não caberiam tributação, porque se referem a outras saídas com as mesmas mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 53462 e 53463, que tiveram o imposto pago, conforme esclarecido linhas acima. Portanto, do total de R\$ 1.057,81, lançado em junho, será excluído o valor de R\$ 781,68 (4.598,10 x 17%) exigido indevidamente, bem como, o montante de R\$ 276,07 pago em DAE separado, antes da ação fiscal, remanescendo a exigência de R\$ 0,06, no mês em comento (1.057,81 – 781,68 – 276,07).

Ainda em relação à Infração 1 e ao exercício de 2008, verifica-se que o imposto lançado em julho, nos valores de R\$227,52 e R\$40,50, atinente às Notas Fiscais nºs 53723 e 1332, respectivamente, foi pago em maio, no total de R\$ 268,02, conforme documento à fl.42. Assim, deverão ser excluídos do lançamento de julho tais importâncias, devendo remanescer no citado mês a quantia de R\$ 3,86 (271,88 – 227,52 – 40,50).

Saliento que é devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. À vista dos documentos trazidos pelo sujeito passivo, após análise, considero a Infração 01 parcialmente subsistente, ficando os seus valores assim demonstrados:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01 - 07.15.02					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa (%)	Valor Histórico
30/06/2006	25/07/2006	131,94	17,00	60	22,43
31/07/2006	25/08/2006	115,17	17,00	60	19,58
31/10/2006	25/11/2006	384,35	17,00	60	65,34
31/03/2007	25/04/2007	367,05	17,00	60	62,40
30/04/2007	25/05/2007	84,00	17,00	60	14,28
31/05/2007	25/06/2007	63,05	17,00	60	10,72
30/06/2007	25/07/2007	1.495,41	17,00	60	254,22
31/08/2007	25/09/2007	132,47	17,00	60	22,52
30/11/2007	25/12/2007	436,35	17,00	60	74,18
31/12/2007	25/01/2008	5.636,24	17,00	60	958,16
31/01/2008	25/02/2008	1.521,41	17,00	60	258,64
30/04/2008	25/05/2008	885,70	17,00	60	150,57

30/06/2008	25/07/2008	0,36	17,00	60	0,06
31/07/2008	25/08/2008	22,71	17,00	60	3,86
<b>Total</b>					<b>1.916,96</b>

Quanto à Infração 3, ressalto que há uma incongruência na imputação, verifica-se que os valores e os cálculos demonstrados na planilha elaborada pelo autuante, referem-se à multa de 10% por descumprimento de obrigação acessória atinente à falta de registro na escrita fiscal quando da entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadorias sujeitas a tributação. Já no Auto de Infração, a acusação é de que o sujeito passivo deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo o autuante consignado à alíquota de 17%, sugerido a aplicação da multa de 70%, sobre os valores exigidos.

Ora, percebe-se, então, do exposto nos autos, uma flagrante incoerência entre a imputação fiscal e o fato real, cujo direito aplicável é distinto do tipificado pelo autuante na ocorrência infracionária. A imputação diz respeito a descumprimento de obrigação principal, enquanto os valores e os cálculos demonstrados na planilha elaborada pelo autuante, referem-se à multa por descumprimento de obrigação acessória.

Embora o contribuinte tenha pautado sua defesa em relação à acusação, nesta situação, a lide não pode prosseguir, tendo em vista a verificação de vício que inquia o lançamento de absoluta nulidade com base no art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), uma vez que haveria mudança do fulcro da autuação e este Colegiado tem por dever observar o princípio constitucional do devido processo legal, pois, a acusação não foi de falta entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, fato real, e sim de falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Assim, a infração como apontada no Auto de Infração não subsiste e, considerando que a descrição da infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato por implicar mudança de fulcro da autuação no transcurso processual, impossível de ser ajustada nessa fase do processo, a lide não pode prosseguir em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Portanto, considero nula esta infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 113793.0011/00-8, lavrado contra **LOJAS HB LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.336,36**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA