

A. I. Nº - 028924.0027/09-9
AUTUADO - J. J. COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05.04.2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0061-01/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. PAGAMENTO DO TRIBUTO EFETUADO A MENOS. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. **b.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b.2)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Apesar de alegar na peça defensiva que efetuou o pagamento de forma correta, inexistindo diferença a recolher, assim como que não reconhecia as notas fiscais arroladas na autuação, a diligência realizada no intuito de que o impugnante comprovasse suas alegações não foi atendida pelo contribuinte. É certo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99). Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96). Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2009, exige ICMS no valor de R\$ 9.524,46, em decorrência de cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de setembro e outubro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 434,41, acrescido da multa de 50%;
2. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de setembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.392,30, acrescido da multa de 50%;
3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto, outubro e novembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 5.697,75, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 107 a 114, na qual rechaça a infração 01, dizendo que deve ter ocorrido um equívoco por parte do autuante, por não ter considerado os pagamentos dos Autos de Infração lavrados à época.

Esclarece que no período de agosto de 2004 a setembro de 2004 tornou-se inapta, segundo afirma, por erro do próprio Fisco, sendo então, todas as notas fiscais que passaram nos postos fiscais objetos de autuação por parte da Fiscalização, conforme relação que apresenta.

Diz que após a regularização de sua inaptidão, passou a recolher o ICMS antecipação como descredenciado, mesmo referente às notas fiscais não cobradas nos postos fiscais, conforme comprovantes de pagamentos que alega anexar.

Salienta que, nesse momento, incorreu em equívoco em muitos pagamentos, tendo recolhido o imposto como descredenciado, quando na verdade deveria ter recolhido como “ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS ANEXO 88 RICMS”.

Assevera que resta evidente que a diferença apurada na autuação não existiu, apenas não foram considerados os pagamentos acima referidos.

Relativamente às infrações 02 e 03, afirma que também o autuante não considerou os pagamentos efetuados de forma correta, conforme pagamentos que anexa.

Reitera que a empresa de forma equivocada realizou vários pagamentos como ICMS antecipação descredenciado, quando na verdade deveria ser “ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS ANEXO 88”, ficando evidenciado pelo levantamento da própria Fiscalização, que praticamente não encontrou notas fiscais referentes à antecipação parcial.

Salienta que se trata de varejista de calçados e, por consequência, tem como base de sua arrecadação mercadorias do anexo 88 [art. 353, II do RICMS/BA]. Acrescenta que foram arroladas na autuação notas fiscais que não reconhece, apresentando relação das notas fiscais que, efetivamente, foram comercializadas e que são reconhecidas pela empresa e os descontos do ICMS pago.

Afirma que do total apontado na autuação reconhece como devido o débito no valor de R\$ 346,92.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 121, esclarecendo que o período analisado compreendeu janeiro a dezembro de 2004, sendo que neste período o contribuinte recolheu o tributo na condição de descredenciado, bem como quando autuado no trânsito por irregularidades na inscrição.

Salienta que as notas fiscais arroladas na autuação foram de compras fora do Estado realizadas pelo autuado, não estando na relação apresentada na peça de defesa.

Afirma que o autuado não apresentou os DAEs do pagamento que alega ter realizado referentes à antecipação parcial e total.

Diz que analisou as notas fiscais não reconhecidas e verificou que estão em nome do autuado, com todos os dados da aquisição, assim como a mercadoria adquirida faz parte da comercialização da empresa, no caso, calçados.

Conclui sustentando que não procede a alegação defensiva, dizendo que gostaria que no curso da discussão o impugnante apresentasse uma declaração por escrito dos seus fornecedores afirmando que as notas fiscais não são aquisições do autuado.

Intimado para conhecimento da informação fiscal (fl. 130), o contribuinte acusou o recebimento, contudo, não se manifestou.

A 1ª JF, após discussão em pauta, converteu o processo em diligência (fls. 133/134), a fim de que fosse intimado o contribuinte a apresentar os documentos comprobatórios dos pagamentos realizados, inclusive com elementos que permitissem identificar as respectivas notas fiscais e períodos, assim como que o autuante esclarecesse a forma como foram coletadas as notas fiscais, inclusive, que fosse entregue cópia das notas fiscais arroladas na autuação e informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Constam às fls 138/139, intimações para que o autuado atendesse as solicitações, contudo, não há qualquer manifestação do contribuinte nesse sentido.

O autuante cumpriu a diligência esclarecendo que as notas fiscais não apresentadas pelo contribuinte no início da ação fiscal, foram coletadas pela Inspetoria Fazendária no sistema CFAMT.

Consigna que foram atendidas as solicitações contidas no termo de diligência, exigindo-se o recibo do representante legal da empresa e o cumprimento do prazo determinando.

VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que relativamente à infração 01, o autuado alega que o autuante não considerou os pagamentos realizados mediante Autos de Infração, haja vista que todas as notas fiscais que passaram nos postos fiscais foram objeto de autuação, conforme relação que apresenta na peça defensiva.

Diz também que após a regularização de sua inaptidão, passou a recolher o ICMS antecipação como descredenciado, inclusive, das notas fiscais não cobradas nos postos fiscais, conforme cópia do documento de arrecadação que alega estar anexando.

Salienta que incorreu em equívoco em muitos pagamentos, tendo recolhido o imposto como descredenciado quando, na verdade, deveria ter recolhido como “ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS ANEXO 88 RICMS”, inexistindo a diferença apurada pela Fiscalização.

Já com relação às infrações 02 e 03, afirma que também o autuante não considerou os pagamentos efetuados de forma correta.

Repete o mesmo argumento apresentado na infração 01, de que de forma equivocada realizou vários pagamentos como ICMS antecipação descredenciado, quando na verdade deveria ser “ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PRODUTOS ANEXO 88”, dizendo que restou evidenciado pelo levantamento da própria Fiscalização, que praticamente não encontrou notas fiscais referentes à antecipação parcial.

Alega que se trata de varejista de calçados e, por consequência, tem como base de sua arrecadação mercadorias do anexo 88 [art. 353, II do RICMS/BA], afirmando que foram arroladas na autuação notas fiscais que não reconhece, apresentando relação das notas fiscais que, efetivamente, foram comercializadas e que são reconhecidas pela empresa e os descontos do ICMS pago.

Noto que o autuante ao prestar a informação fiscal contesta os argumentos defensivos, se reportando concomitantemente sobre as três infrações, afirmando que todas as notas fiscais arroladas na autuação foram de compras fora do Estado realizadas pelo autuado, não constando na relação apresentada na peça de defesa, bem como que o autuado não apresentou os DAES do pagamento que alega ter realizado referentes à antecipação parcial e total, sendo as notas fiscais não reconhecidas emitidas pelos fornecedores em nome do autuado, com todos os dados da aquisição.

No intuito de alcançar a verdade material, esta 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência a INFAZ/VAREJO, a fim de que fosse intimado o autuado para apresentar os documentos comprobatórios dos pagamentos realizados, inclusive, com elementos que permitissem identificar as respectivas notas fiscais e períodos, já que apesar de afirmar que havia juntado os comprovantes de pagamentos, nada constava nos autos confirmando a alegação defensiva. Também foi solicitado que o autuante esclarecesse a forma como foram coletadas as notas fiscais arroladas na autuação, considerando que apesar de as cópias acostadas aos autos às fls. 13 a 100 se referirem a 1ª via documento fiscal, o impugnante alegara não reconhecer os referidos documentos fiscais e na informação fiscal foi dito que o contribuinte deveria apresentar uma declaração por escrito dos fornecedores, afirmando que tais notas fiscais não são referentes às aquisições deste contribuinte.

Ainda no intuito de dar celeridade ao processo foi solicitado ao diligente que, caso as notas fiscais arroladas na autuação não tivessem sido obtidas diretamente junto ao autuado, deveria entregar ao contribuinte, mediante recibo específico, cópia das notas fiscais arroladas na autuação. Foi solicitado também que na oportunidade, fosse informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, para que não ficasse caracterizado o cerceamento do direito de ampla defesa.

Verifico que cumprindo a diligência o autuante esclareceu que as notas fiscais não apresentadas pelo contribuinte no início da ação fiscal, foram coletadas pela Inspetoria Fazendária no sistema CFAMT. Observo também que o diligente atendeu as demais solicitações contidas na diligência, tendo intimado o autuado para que comprovasse as suas alegações, sendo-lhe concedido o prazo de 30(trinta) dias para atendimento.

Ocorre que, apesar de ter sido cientificado da diligência, o autuado silenciou, ou seja, não apresentou qualquer comprovação de suas alegações referentes às infrações 01, 02 e 03.

Nessa situação, a simples negativa de desconhecimento das notas fiscais arroladas na autuação coletadas no sistema CFAMT, bem como que efetuou o pagamento dos valores exigidos, não se apresenta como suficiente para confirmar suas alegações e, conseqüentemente, elidir a acusação fiscal, a teor do art. 143 do RPAF/99.

Vale consignar que, no caso das notas fiscais arroladas na autuação coletadas no sistema CFAMT, este CONSEF já pacificou o entendimento de que tais elementos, efetivamente, comprovam a entrada das mercadorias no estabelecimento do contribuinte, cabendo-lhe apresentar as provas necessárias à desconstituição da acusação fiscal, o que não ocorreu no caso em lide.

Cabe-me também registrar que não procede o argumento defensivo de que praticamente não foram encontradas notas fiscais referentes à antecipação parcial, haja vista que as notas fiscais arroladas na infração 01, dizem respeito a mercadorias que não estão enquadradas no regime de substituição tributária e, conseqüentemente, sujeitas à antecipação parcial, conforme exigido neste infração.

Assim, considero integralmente subsistente as infrações 01, 02 e 03.

Contudo, no que concerne à multa imposta na infração 01, no percentual de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, constato que foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa correta é de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores ocorridos no exercício de 2004.

Vale registrar que este tem sido o entendimento deste CONSEF em diversas decisões, a exemplo do Acórdão CJF N 0045-12/10, cuja transcrição parcial do voto faço abaixo, a título ilustrativo:

“VOTO

(...)

Não há, portanto, retificação a fazer no enquadramento do recorrente no regime do SIMBAHIA como empresa de pequeno porte e nem correção a efetuar na apuração do imposto que está sendo cobrado no Auto de Infração em lide. Todavia, de ofício, observo que a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 50%, prevista no inciso I, alínea “b”, item “1”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, deve ser retificada, conforme passo a demonstrar.

Acompanhando a tese que vem sendo defendida pelos ilustres representantes da PGE/PROFIS – a exemplo dos opinativos exarados nos Acórdãos CJF N^{os} 0209-12/09, 0222-12/09 e 0274-12/09 –, entendo que para os fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei nº 10.847/07 a aplicação da multa prevista no art. 42, I, “b”, “1” da Lei nº 7.014/96, está equivocada, haja vista que essa penalidade era cabível apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte deste colegiado, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo,

a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Em face do exposto, retifico a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 50%, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Ressalto que o recorrente poderá requerer à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, retificando, de ofício, a multa indicada na autuação para a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%.”

Diante do exposto, a multa de 50% prevista no art. 42, I, “b”, “1” da Lei nº 7.014/96, indicada originalmente no Auto de Infração na infração 01, fica retificada de ofício para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **028924.0027/09-9**, lavrado contra **J. J. COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.524,46**, acrescido das multas de 50% sobre R\$9.090,05 e de 60% sobre R\$434,41, prevista no artigo 42, incisos I, “b”, item 1 e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR