

A. I. Nº - 298618.0020/10-8
AUTUADO - SD COMERCIAL DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - PLÍNIO SANTOS SEIXAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0071-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CALÇADOS). a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Excluídas as notas fiscais que tiveram comprovado o pagamento do imposto antes do início do procedimento fiscal. Infração caracterizada parcialmente. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Fato comprovado. Infração caracterizada. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não recolhido o pedido de redução de multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2010, exige o valor de R\$ 7.509,95, em razão do cometimento das seguintes infrações:

1. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88. Sendo lançado o valor de R\$ 1.718,72 e aplicada multa de 60%.
2. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no anexo 88. Sendo lançado o valor de R\$ 4.299,17 e aplicada multa de 60%.
3. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) 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. Sendo lançado o valor de R\$ 79,23 equivalente a 60% de multa sobre o imposto.
4. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração ICMS. Sendo lançado o valor de R\$ 1.412,83 e aplicada a multa de 60%.

O Autuado apresenta defesa, às fls. 78 a 86, transcreve os termos das infrações, aduz que discorda da infração 1 porque o imposto já foi pago, consoante passa a expor:

- a) com relação à primeira ocorrência de 31/10/2007, que se refere à Nota Fiscal nº 21738, emitida pela Bom Passo Ind. de Calçados Ltda, imposto foi pago através de TFD 0702059528, no dia

22/11/07, como prova o DAE anexo no valor total de R\$ 169,99 (sendo R\$ 168,32 do imposto e R\$ 1,67 de acréscimos moratórios e juros);

- b) no que se refere à segunda ocorrência de 31/12/2007, atinente à Nota Fiscal nº 15.676, emitida pela Industria de Calçados Beija Flor Ltda, o imposto foi pago através de TFD 0702101958, no dia 19/12/07, como prova o DAE anexo no valor total de R\$ 257,95 (sendo R\$ 255,98 do imposto e R\$ 1,97 de acréscimos moratórios e juros);
- c) em referência à terceira ocorrência de 31/03/2008, concernente à Nota Fiscal nº 721268, emitida pela Adidas do Brasil Ltda, o imposto foi pago através de DAE, porém até a presente data não foi localizado. Solicita dilação de prazo por mais 15 dias para localizar o DAE referente a este pagamento junto ao Banco CEF ou Bradesco;
- d) no tocante à quarta ocorrência de 31/05/2008, que se refere Nota Fiscal nº 15.973, emitida pela Industria de Calçados Beija Flor Ltda, o imposto foi pago através de DAE emitido pela internet referente a 15 Notas Fiscais, inclusive esta Nota Fiscal nº 15.973, que teve o ICMS de R\$ 812,37 pago no dia 25/06/08, valor incluso no DAE anexo no valor total de R\$ 3.618,66 (valor do ICMS das 15 NFs), como prova a xérox anexa;
- e) e com relação a quinta ocorrência de 30/06/2008, que se refere à Nota Fiscal nº 56.572, emitida pela Verenna Artefatos de Couros Ltda (Braddock), o imposto foi pago através de DAE emitido pela internet referente a uma Nota Fiscal, que foi pago no dia 25/07/08, como prova o DAE anexo no valor total de R\$ 329,40.

Pede que sejam excluídos do Auto de Infração os valores referentes aos cinco itens relacionados acima.

Diz que discorda da infração 02, em razão de ter pago o imposto de maneira correta no prazo legal, conforme relato a seguir:

Com relação aos itens de “a” a “c”, nos valores de R\$512,62, R\$ 2.022,65, R\$ 1.183,97, aduz que os valores foram pagos corretamente através de DAE, solicita dilação de prazo por mais 15 dias para localizar os DAE referentes aos pagamentos, junto ao Banco CEF ou Bradesco;

Quanto à quarta ocorrência de 31/04/2008, item (d), no valor de R\$ 210,97, informa que o imposto foi pago através de DAE, nos seguintes valores R\$ 804,31 , R\$ 4.035,13 e R\$ 3.396,80 anexos à relação gerada pelo sistema, cujo valor do imposto a pagar corretamente neste mês é de R\$ 7.432,03 e não aquele pretendido pelo autuante, no valor de R\$ 7.463,00 (incorreto), diz ainda, que, além deste valor foi pago mais o valor de R\$ 804,30 como provam as cópias dos DAE, anexas;

Com relação à ocorrência de 31/05/2008, item (e), no valor de R\$ 347,44, garante que o imposto foi pago através de DAE, no valor total de R\$ 9.020,56, para provar, anexa a relação gerada pelo sistema, e o valor do imposto a pagar corretamente neste mês é de R\$ 9.020,56 e não aquele pretendido pelo autuante lançado no Auto de Infração no valor de R\$ 9.368,01 (incorreto);

- f) e, no que se refere à ocorrência de 31/07/2008, item (f), concernente ao valor de R\$ 21,52, diz que o imposto também foi pago através de DAE, no total de R\$ 195,74, anexo à relação gerada pelo sistema, cuja importância a pagar corretamente neste mês é de R\$ 195,74 e não aquela pretendida pelo autuante na cifra de R\$ 217,26.

Aduz que improcede tal infração, porque a cobrança do ICMS é indevida.

Com relação à Infração 03, ocorrência de 30/06/2008, “que se refere a alegação de que foi efetuado pagamento a menor de ICMS sobre Notas Fiscais no valor de R\$ 79,23,” (sic), não procede tal exigência, porque o imposto foi pago a mais que o devido, pois o imposto correto era no valor de R\$ 219,53, porém foi pago através de DAE, a mais, no total de R\$ 235,16. Segundo o autuado, anexo à relação gerada pelo sistema, cujo valor do imposto a pagar corretamente no mês era de R\$ 219,53 e não aquele pretendido pelo autuante, na quantia de R\$ 315,57 (gerado incorreto pelo sistema)”. Improcede tal infração, a cobrança deste ICMS é indevida. Porque já foi

pago valor superior ao devido. Aduz que improcede tal infração, porque a cobrança do ICMS é indevida.

Salienta que discorda também da Infração 4, conforme relato a seguir:

- a) com relação à primeira ocorrência de 31/10/2007, no valor de R\$ 58,64, entende que não procede tal exigência, porque o ICMS foi pago corretamente através de DAE, no total de R\$ 24,76, e não aquele pretendido pelo autuante de R\$ 83,40;
- b) no que se refere à ocorrência de 30/11/2007, no valor de R\$ 356,27, argui que não procede tal alegação, porque o imposto foi pago através de DAE, no total de R\$ 309,82, anexo à relação gerada pelo sistema, cujo valor do imposto a pagar corretamente neste mês é de R\$ 309,82 e não aquele pretendido pelo autuante lançado no Auto de Infração no valor de R\$ 666,09;
- c) com relação à ocorrência de 31/12/2007, no valor de R\$ 997,92, aduz que também não procede a exigência, porque o ICMS foi pago corretamente através de DAE, porém até a presente data o referido DAE não foi localizado, solicita dilação de prazo por mais 15 dias para localizar o DAE referente a este pagamento junto ao Banco CEF ou Bradesco.

Reproduz o art. 170 do CTN, que trata da compensação no direito tributário, elenca alguns requisitos para compensação previstos no mencionado artigo. Transcreve também o art. 66 da Lei nº 8.383/91, aduz que tal norma não se refere à compensação como forma de extinção imediata de crédito tributário, e sim, autoriza a compensação de valores pagos indevidamente, com valores objetos de obrigações tributárias. Destaca que, com a edição da referida Lei, surgiu uma polêmica em torno de seu art. 66, aduz que este artigo cuidou da compensação a que se refere o art. 170, tendo cuidado da compensação mais específica, dirigida ao contribuinte, pois não se refere à compensação como forma de extinção imediata das obrigações, e sim, um Direito do contribuinte de ser exercitado durante o ato do lançamento por homologação, sem a qualidade de liquidez e certeza e independente de autorização judicial ou extrajudicial. Enquanto o art. 170 é uma forma de extinção do crédito tributário, desde que seja líquido e certo, tendo ou não natureza tributária, e o sujeito passivo seja a Fazenda, sendo portanto, distintas e impertinente a invocação do art. 66 para regular o art. 170. Reproduz também jurisprudências sobre a matéria e, por fim, reitera o seu pedido para que seja abatido do valor devido do ICMS deste auto de Infração, o valor do imposto recolhido e pago aos cofres da Sefaz no mesmo período.

Transcreve ainda lições de Samuel Monteiro e de Ives Gandra da Silva Martins que tratam da vinculação do ato administrativo e da legalidade do lançamento.

Reitera todos os pedidos já relatados e pede que seja deferido o benefício do abatimento do valor da multa. Requer, a possibilidade de juntada posterior de outros documentos que comprovem o pagamento de ICMS, não juntados nos autos.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou insubsistente.

O autuante presta informação fiscal, às fls.103 a 105, transcreve as arguições defensivas, diz que concorda com a exclusão dos valores relativos aos itens a, b, d, e, da primeira infração, em face da comprovação do pagamento com os DAE apresentados, e mantém o item c da infração por falta de prova do pagamento (R\$152,64).

Ressalta que, no que se refere à Infração 02, opina pela manutenção de todos os itens (“a” a “f”) lançados, em razão da falta de apresentação de DAE, comprovando os pagamentos dos valores lançados. Acrescenta que, no item “b”, a nota fiscal 213380 está lançada no livro de Registros de Entrada pelo próprio autuado como pode ser visto na cópia do mesmo à fl.38.

Esclarece que no item “d,” o valor de R\$ 7.432,03 foi apurado no livro Registro de Entrada, do contribuinte às fls. 42 a 45, pois, como as NF’s 29027 e 29901 não tinham o crédito nelas destacados, não foram considerados no livro e assim o valor final foi o acima referido, e não o do “sistema” onde foi atribuído crédito não existente. O DAE no valor de R\$ 804,31, ao qual o

defendente faz referência é de pagamento de Antecipação Parcial, código 2745 e não de Antecipação Total, código 1145 objeto da autuação.

- e) A “relação gerada pelo sistema” a qual o autuado faz referência neste item, não se encontra anexada ao processo, no entanto o valor obtido pela fiscalização de R\$ 9.368,01 é, exatamente, o obtido pelo contribuinte no Livro Registro de Entrada páginas 46 à 49 deste processo. Deste modo, opinamos pela manutenção da infração.
- f) Mais uma vez a “relação gerada pelo sistema” referente a este item não foi anexada ao processo como alega o defendente, porém o valor obtido pela fiscalização é o mesmo do contribuinte escriturado no “livro Registro de Entrada,” na página 50 deste processo. Assim, opinamos pela manutenção da infração.

Quanto à Infração 3, ressalta que a “relação gerada pelo sistema” à qual o autuado se refere, não foi anexada ao PAF. Esclarece que o valor obtido de R\$ 79,23 não é de ICMS, e sim, da multa de 60% do valor devido pelo não recolhimento da Antecipação Parcial, conforme demonstrado à fl.34, cujo saldo não recolhido foi de R\$ 132,05, que resultou na multa de 60% igual a R\$ 79,23. Informa que não localizou onde o autuado encontrou o montante de R\$ 315,57, ao qual faz referência.

Em relação à Infração 04, aduz que, no que se refere aos itens “a” e “b” não consta no processo a “relação gerada pelo sistema,” citada pelo autuado, diz que o próprio autuado escriturou no seu livro Registro de Apuração do ICMS, às fls. 54 e 55, os valores de R\$ 83,40 e de R\$ 666,09, encontrados pela fiscalização. Finaliza demonstrando que tanto para os itens acima mencionados quanto ao que se refere ao lançamento do item “c”, o autuado não apresentou DAE comprovando o pagamento do imposto.

Conclui sugerindo a manutenção de toda autuação, excluindo-se apenas, o montante de item “c” da primeira infração.

VOTO

Inicialmente, não acolho as nulidades arguidas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, inexistindo qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade. Verifico que foi observado o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças processuais necessárias à elaboração de sua defesa, além de terem sido obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Não acolho o pedido de redução da multa, pois a penalidade indicada tem previsão legal e esta instância administrativa não tem alçada para apreciar tal pedido, quando se refere à multa decorrente de obrigação principal, competência esta exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante os artigos 159 e 169, § 1º do RPAF/BA.

No que concerne à redução da multa, pleiteada pelo autuado, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas as multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não concedam a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, considerando a ocorrência das infrações imputadas neste processo, e

reconhecidas pelo autuado, bem como a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, haja vista tratar de uma questão subjetiva, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa.

No mérito, versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS: falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias provenientes de outros estados; multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial e recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o contribuinte rechaçou as acusações, alegando que todos os valores lançados já teriam sido pagos, trouxe aos autos juntamente com a peça impugnatória cópias de documentos de arrecadação (DAE) e de notas fiscais. No intuito de provar suas alegações defensivas, pediu prazo de 15 dias para trazer os demais comprovantes de recolhimentos não apresentados.

Na informação fiscal o autuante destacou que na constância da ação fiscal não houve a comprovação dos valores consubstanciados no Auto de Infração.

Consignou que após analisar os documentos trazidos na defesa, reconheceu em relação à Infração 1, a comprovação dos montantes atinentes aos itens a, b, d, e pediu a exclusão dos valores desta infração, mantendo apenas o item “c” da acusação, pelo que consta dos autos corresponde ao valor de R\$152,64 da mencionada infração, relativo à Nota Fiscal nº 7211268. A Infração 1 fica, assim, parcialmente subsistente.

Observe que, no caso da Nota Fiscal nº 213380, referente à Infração 2, incluída na planilha do autuante, que o contribuinte alegou sua inexistência, constatei que o referido documento fiscal encontra-se registrado no livro Registro de Entradas, à fl.38. Quanto às Notas Fiscais nºs 29027 e 2990, o autuante informou que, apesar de o contribuinte ter lançado créditos fiscais no livro Registro de Entradas as fls. 43 e 44, não os considerou no demonstrativo no momento do cálculo do imposto apurado, tendo em vista que tais créditos não se encontravam destacados nos mencionados documentos fiscais. Coadunado com o procedimento do autuante de não compensar tais créditos na apuração do imposto, uma vez que não havia crédito fiscal a compensar.

De outro lado, quanto à necessidade do prazo de 15 dias para apresentar os alegados comprovantes de pagamentos não localizados, verifico que entre a data de defesa e a de informação fiscal, transcorreram 27 dias e o contribuinte não trouxe tais provas aos autos.

Ressalto que, conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Verifico que os demonstrativos que deram suporte à autuação foram elaborados a partir dos livros e dos documentos fiscais do sujeito passivo, e apesar de alegar terem sido pagas as importâncias lançadas no Auto de Infração, só comprovou o pagamento antes de se iniciar a ação fiscal dos valores de R\$168,33, R\$ 255,98, R\$812,37 e R\$329,40, consoante DAE às fls. 89, 91, 94 e 96 do PAF, concernente à Infração 01. Portanto, no que se refere às demais imputações, como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo a arguição mera negativa de cometimento da infração, o que, à luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Portanto está correto o procedimento fiscal de lançamento do crédito tributário contextualizado no Auto de Infração decorrente da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias

provenientes de outras unidades da Federação e do recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, bem como da multa percentual sobre o imposto que não foi pago por antecipação parcial, exceto quanto aos valores de R\$168,33, R\$ 255,98, R\$812,37 e R\$329,40, da Infração 01, que devem ser excluídos do Auto de Infração. Ficam mantidas em sua totalidade as Infrações 02, 03 e 04.

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**298618.0020/10-8**, lavrado contra **SD COMERCIAL DE CALÇADOS E CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.864,64** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “b” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$79,23**, prevista no inciso II, “d” dos mencionados artigo e Lei, com os acréscimos moratórios conforme a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2011.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE.EM EXERCÍCIO

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR