

**A.I. Nº** - 110019.1125/10-7  
**AUTUADO** - FOOT ALL COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - DEMÓSTHENES SOARES DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 22.05.2014

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0096-04/14**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Diligência reduziu o valor do lançamento. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de dezembro de 2010 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 41.377,28, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração, verificada no período de fevereiro a abril, agosto e outubro de 2005, janeiro, abril, agosto, outubro e novembro de 2006:

Efetuiu 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 nos anexos 88 e 89.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 408 a 410, onde argüi em sua defesa, no qual discorda de todos os valores apurados, exceto em três casos que indica:

NF nº.	Mês/ Ano	Valor	Crédito	MVA (%)	Base de Cálculo	Débito	Mercadoria Enquadrada Substituição Tributária	Observações
35278	04/06	1.566,88	188,03	35,00	2.115,29	359,60	171,57	Não Lançado
71561	08/06	5.591,47	391,40	35,00	7.548,48	1.283,24	891,84	Não Lançado
1973	10/06	300,00	21,00	35,00	405,00	68,85	47,85	Não Lançado

Assegura serem estas as únicas Notas Fiscais em que o ICMS devido por antecipação tributária, não foi recolhido, sendo que os demais casos serão explicados mais adiante.

Informa que após realizar uma auditoria interna na sua conta corrente fiscal, verificou que todas outras Notas Fiscais elencadas em planilha pelo autuante, estão devidamente lançadas, a saber:

- 1- São Notas Fiscais Lançadas e com os Impostos devidamente recolhidos;
- 2- São Notas Fiscais de meses subsequentes, acusando assim divergências no Imposto;
- 3- São Notas Fiscais de Mercadorias Tributadas, em que não incide a Antecipação total, mas sim a Parcial e que foi devidamente recolhida;
- 4- São Notas Fiscais de Propaganda.

Tais situações se enquadram na hipótese de Notas Fiscais não sujeitas à antecipação total, em função das razões acima expostas.

Para demonstrar a veracidade de suas alegações, anexa planilhas demonstrativas mensais, elencando todas as Notas fiscais por data, indicando os respectivos impostos recolhidos e a natureza de cada uma, conforme descrito acima.

Por tal razão, solicita a procedência parcial do lançamento.

Informação fiscal prestada à fl. 559 pelo autuante argumenta que o presente lançamento exige ICMS nos valores de R\$ 26.426,95 e R\$ 15.018,75 nos exercícios de 2005 e 2006, respectivamente, apurados na fiscalização do imposto a ser pago por antecipação parcial.

Indica que o autuado argumenta de forma inconsistente, afirmando ter efetuado os pagamentos do imposto cobrado através de Auto de Infração, reconhecendo apenas uma pequena parte do débito. Na autuação, confrontou mês a mês, todos os pagamentos, através dos DAES constantes do sistema SEFAZ, com as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, apurando o valor apresentado. As notas fiscais cobradas no Auto de Infração referem-se, única e exclusivamente, às operações com mercadorias tributáveis, sujeitas à antecipação parcial e os DAES lançados referem-se também ao pagamento do mesmo tributo. O contribuinte apresentou na sua defesa uma nova planilha por ele elaborada, juntando apenas as notas fiscais por ele anteriormente juntadas, sem os referidos DAES que comprovassem o efetivo pagamento do tributo.

Assim sendo, solicita ao setor competente, submeter o presente lançamento ao Conselho de Fazenda para julgamento, devido a inconsistência dos argumentos da defesa e a falta de comprovação do pagamento reclamado.

Sorteado para julgamento, o relator converteu o feito em diligência, com o fito de que fosse prestada nova informação fiscal, nos termos previstos no artigo 127 do RPAF/99.

Em atendimento à mesma, o autuante, às fls. 568 a 570 se manifesta, refutando os argumentos defensivos, e mantendo o lançamento em sua integralidade, sendo a autuada cientificada da mesma às fls. 572 e 573, sem que houvesse manifestação.

Retornando ao órgão julgador, este, mais uma vez, converte o processo em diligência, a fim de que a ASTEC ajustasse *"...o lançamento tributário em vista das considerações do pedido de diligência de fls. 568, especialmente no que se refere à base de cálculo, excluindo as notas fiscais indevidamente relacionadas no demonstrativo da exigência fiscal, elaborando os pertinentes demonstrativos"*.

Em atendimento a tal solicitação, e analisada pela ASTEC/CONSEF a argumentação defensiva (fls. 568 e 569), motivou o Parecer 101/2012, de fls. 578 a 582, no qual a diligente se manifesta no sentido de que foram feitos os devidos confrontos entre os dados demonstrados pelo autuante, conforme planilhas de fls. 05 a 23, com os documentos e dados demonstrados pelo autuado, tendo ficado comprovada que grande parte das diferenças apuradas pelo autuante decorreu das distorções nos períodos de ICMS das notas fiscais, pelo fato de ter considerado as mesmas pela data de emissão, ao passo que o sujeito passivo considerou as mesmas pela data de entrada das mercadorias no estabelecimento, elaborando novo demonstrativo.

Indica, ainda, que após confronto entre as notas fiscais relacionadas pelo autuante e as relacionadas pelo autuado, excluiu todas aquelas que, comprovadamente, estavam com o ICMS a título de antecipação recolhido, ainda assim, restaram alguns documentos fiscais sem comprovação, no valor de R\$ 14.937,48 a recolher, na forma do demonstrativo de fls. 581 e 582.

Cientificado o autuado (fls. 642 e 643), este se manifesta à fl. 646, onde, após apresentar novas planilhas, assevera que o valor não encontrado a comprovação dos lançamentos e pagamentos é de R\$ 2.843,56, que aceita e requer pagamento.

Por seu turno, o autuante, cientificado à fl. 821, não se manifestou.

Retornando o processo para o CONSEF, foi novamente convertido em diligência (fl. 829), a fim de que a diligente se manifestasse acerca dos documentos acostados pelo contribuinte, quando de sua última manifestação.

Daí resultou o Parecer ASTEC 70/2013 (fls. 831 a 833), no qual após indicar que foi feito o confronto entre os dados demonstrados do autuante e aqueles demonstrados e comprovados pela autuada, remanesce valor devido de R\$ 2.815,42, conforme demonstra.

Mais uma vez cientificado o sujeito passivo (fls. 865 e 866), e autuante (fl. 867), não se manifestaram.

Consta às fls. 869 a 872 documento intitulado "Termo de Confissão de Dívida", no qual a autuada recolhe o valor apurado pela última diligência realizada, sendo que em função do afastamento do relator então designado para o processo, foi o mesmo redistribuído.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização: 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 relacionadas no anexo 88 do RICMS/97.

Em nossa legislação, o instituto da substituição tributária encontra-se disciplinado nos artigos 6º a 10º da Lei Complementar 87/96, sendo que a Lei Estadual 7.014/96, nos artigos 8 a 12, normatiza a matéria, obedecendo, como não poderia ser diferente, a regra estabelecida por aquele outro diploma legal.

A autuação, conforme se denota pela análise do processo, foi realizada diante do fato da empresa autuada comercializar calçados, bolsas e afins, mercadorias sujeitas à substituição tributária, de acordo com o artigo 353 do RICMS/97, então vigente à época dos fatos geradores:

*"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*(...)*

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

*(...)*

*32 - calçados - NCM 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405 (Lei nº 8.534/02)".*

Ou seja, nas aquisições realizadas em que não haja a retenção e o conseqüente encerramento de tributação, há de ser recolhido pelo estabelecimento que recebe e comercializa tais mercadorias o imposto correspondente à substituição tributária. Por oportuno, esclareço que inexistente acordo interestadual para retenção, motivo pelo qual, as aquisições de tais produtos não virão com o imposto a título de substituição tributária retido.

Toda a discussão se prende a matéria de fato, tendo a autuada, nas inúmeras oportunidades em que se manifestou, apontado equívocos cometidos pelo autuante, a começar pelo fato do mesmo ter considerado os documentos fiscais pela data de emissão, e não a data de entrada em seu estabelecimento, sempre trazendo planilhas nas quais indicava as operações e documentos de relevância para o deslinde da questão.

Há de se lamentar, entretanto, o fato de que o autuante, nas oportunidades que teve para se manifestar, e demonstrar a consistência de seu trabalho, ter se mantido silente, inclusive, quando da primeira informação fiscal, o que levou o então relator a diligenciar para a ASTEC/CONSEF, a fim de obter uma posição acerca da pertinência ou não dos argumentos defensivos.

A apreciação deste lançamento, atendendo ao pleito defensivo, carece tão somente de avaliação fática dos documentos trazidos pelo autuante quando da constituição do crédito tributário, e aqueles coligidos pelo sujeito passivo em sua impugnação e manifestações posteriores ao longo do processo, consoante já assegurado.

Isso em nome do princípio da verdade material, uma vez que no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados. A autoridade julgadora não está obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento. Todavia, este não é o caso, vez que todos os elementos necessários para o deslinde da lide encontram-se no processo.

No âmbito administrativo, seguindo a orientação judicial, o ônus da prova é do autor, no caso, o Fisco, salvo na hipótese de presunção absoluta do Fato Gerador, quando, então, se dá a inversão do ônus da prova, ou seja, é o contribuinte que deve provar também fato que impede, modifica ou extingue o direito consubstanciado no lançamento, sendo que todas as provas obedecem ao princípio da persuasão racional motivada do julgador, consoante artigo 93, inciso X, da Constituição Federal, combinado com o artigo 131 do CPC, pois elas não têm prévio peso taxado de valor, mas deve a autoridade explicitar e fundamentar o seu convencimento.

Contudo, a produção de provas deve obedecer aos requisitos do artigo 332 do CPC, bem como equilibrar os princípios gerais que norteiam o direito, notadamente o da ampla defesa, da celeridade e o da efetividade, não se descuidando quanto a obediência à legalidade dos atos administrativos.

Pois bem: na busca da verdade material, o processo foi convertido em três diligências, oportunidade na qual o lançamento foi depurado, sendo dada ciência a autuante e autuada dos resultados, em obediência aos princípios do processo administrativo fiscal.

Daí chegou-se ao resultado constante na diligência que resultou no Parecer ASTEC 70/2013 (fls. 831 a 833), o qual reduziu o valor lançado para R\$ 2.815,42, o qual acolho, diante do fato de que analisando os dados do processo, vejo que a diligente depurou os valores incorretamente lançados, além do que o silêncio do autuante nas oportunidades em que poderia defender o seu trabalho, em nada ajudou no esclarecimento da questão em lide.

Dessa forma, voto no sentido de julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, tomando como base a planilha de fl. 833, devendo o órgão competente homologar os valores recolhidos.

## 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. **110019.1125/10-7** lavrado contra **FOOT ALL COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.815,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d", e dos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR