

A.I. Nº - 297856.0104/15-9
AUTUADO - BIMBO DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JOÃO MARLITO MAGALHÃES DANTAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO – INTERNET 04.07.2017

2º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-02/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Falta de recolhimento do imposto retido. Contribuinte comprovou o recolhimento de parte do imposto exigido. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 08/09/2015, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$190.011,82, imputando o cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 08.28.01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou recolheu a menor. Conforme Demonstrativo resumidamente na TABELA I- QUADRO RESUMO – Demonstrativo do Débito, fl. 11 e relação de Notas Fiscais Eletrônicas emitidas para contribuintes da Bahia com ICMS ST – Substituição Tributária destacado nessas notas, ocorridos em 2010, 2011, 2013 e 2014, acrescido de multa de 150%, prevista na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa, fls. 78 a 84, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente salienta ser incontroverso que o ICMS-ST objeto da autuação foi devidamente declarado pela Impugnante nas Notas Fiscais Eletrônicas por si emitidas, sendo assim, e considerando que antes do encerramento do prazo para impugnação houve o pagamento do ICMS-ST informado nas Notas Fiscais Eletrônicas elencadas na planilha Excel anexa (doc. 03), conforme guias comprobatórias também anexas (doc. 03); pugna pela homologação do referido pagamento conforme dispõe o art. 91, inciso I, do RPAF, reduzindo-se em 100% (cem por cento) o valor da multa aplicada, arts. 42, inciso I, e 45-B, inciso I, da Lei n.º 7.014/96.

Aduz que em 24.08.2015 a Impugnante foi intimada para, no prazo de 05(cinco) dias úteis, esclarecer o motivo da diferença apurada na base de dados da SEFAZ entre os valores *retidos* e *recolhidos* a título de ICMS-ST, relativamente a 2.368 Notas Fiscais Eletrônicas por si emitidas nos anos de 2010, 2011, 2013 e 2014 (cf.: fls. 07/08 e 12/46 do Auto de Infração). Nessa mesma ocasião, o respeitável Fiscal autuante ainda determinou que fosse apresentada planilha Excel com a inclusão das seguintes informações: *Número de Controle GNRE; Período de Referência, Data de Pagamento; CNPJ/CPF/Inscrição Estadual do Emitente da GNRE; Valor Recolhido/Pago; Número da Nota Fiscal à qual se refere a GNRE (Número do Documento de Origem).*

Destaca que o crédito que foi pago durante o prazo de defesa (doc. 03), todo o ICMS-ST objeto da presente autuação deve ser cancelado, sob pena de recolhimento de tributo em duplicidade, senão vejamos.

Aduz que a Impugnante promove, na defesa, a juntada aos autos de 1.369 GNRE's referentes ao ICMS-ST informado nas Notas Fiscais Eletrônicas objeto da autuação, bem assim da maioria dos comprovantes de pagamento (doc. 04). Nos referidos documentos constam os seguintes dados:

- Número de Controle da GNRE;
- Período de Referência,
- Data de Pagamento;
- CNPJ do Emitente da GNRE;
- Valor Recolhido;
- Número da Nota Fiscal à qual se refere a GNRE (Número do Doc. de Origem).

Frisa que o recolhimento do ICMS-ST referentes às 1.369 GNRE's ora juntadas pela Impugnante (doc. 04) pode ser confirmado através de acesso ao Portal http://www.gnre.pe.gov.br/gnre/portal/GNRE_Consultar.jsp.

Ressalta que na planilha Excel anexa (doc. 04) as Notas Fiscais Eletrônicas estão segmentadas mês a mês, conforme “Tabela I – Quadro Resumo” elaborada pelo Fiscal autuante à fl. 11.

Examinando-se, por exemplo: a) as Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em 2013; b) as respectivas GNRE's; c) os comprovantes de recolhimento do ICMS-ST no período (doc. 04); e, considerando o pagamento complementar realizado durante o prazo de defesa (doc. 03), resta evidente a necessidade de cancelamento do crédito tributário ora combatido, conforme abaixo:

| <u>EXERCÍCIO 2013 – ICMS-ST</u> | | | |
|--|--|--|--|
| <u>MÊS</u> | <u>VALOR HISTÓRICO DO ICMS-ST INFORMADO COMO RETIDO NAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS OBJETO DA AUTUAÇÃO (FLS. 25/33-V DO AI)</u> | <u>VALOR HISTÓRICO DAS GNRE PAGAS (DOC. 04)</u> | <u>VALOR HISTÓRICO DO ICMS-ST COMPLEMENTAR, PAGO EM 25.11.2015 COM ACRÉSCIMOS (DOC. 03)</u> |
| JANEIRO | R\$ 3.425,60 | R\$ 3.150,07 | R\$ 300,00 |
| FEVEREIRO | R\$ 3.156,69 | R\$ 3.130,55 | R\$ 72,94 |
| MARÇO | R\$ 4.021,50 | R\$ 4.021,50 | R\$ 86,75 |
| ABRIL | R\$ 1.036,24 | R\$ 1.036,24 | R\$ 734,19 |
| MAIO | R\$ 3.197,65 | R\$ 0,00 | R\$ 4.753,48 |
| JUNHO | R\$ 4.074,77 | R\$ 3.951,74 | R\$ 316,03 |
| JULHO | R\$ 4.949,35 | R\$ 4.744,95 | R\$ 396,86 |
| AGOSTO | R\$ 4.841,62 | R\$ 4.841,62 | R\$ 383,43 |
| SETEMBRO | R\$ 5.518,27 | R\$ 5.518,27 | R\$ 1.763,12 |
| OUTUBRO | R\$ 4.503,49 | R\$ 4.487,62 | R\$ 165,12 |
| NOVEMBRO | R\$ 5.410,74 | R\$ 2.944,93 | R\$ 2.620,51 |
| DEZEMBRO | R\$ 3.801,04 | R\$ 3.801,04 | R\$ 101,59 |
| <u>TOTAL:</u> | <u>R\$ 47.936,96</u> | <u>R\$ 41.628,53</u> | <u>R\$ 11.694,02</u> |

Entende que não resta saída senão o cancelamento da autuação em tela, com arrimo no art. 156 do Código Tributário Nacional, configurado que está o recolhimento do ICMS-ST apontado como retido nas Notas Fiscais Eletrônicas elencadas na planilha anexa (doc. 04).

No tópico excessividade da multa aplicada, aduz que não há que se falar em aplicação de multa, haja vista que, conforme restou demonstrado, a obrigação tributária ora combatida foi satisfeita mediante o recolhimento integral do ICMS-ST retido, no período autuado (doc. 04). No que refere ao ICMS-ST que foi pago antes do encerramento do prazo de defesa (doc. 03), mister se faz a

exclusão da multa na forma dos arts. 42, inciso I, e 45-B, inciso I, da Lei nº 7.014/96, porquanto incontroverso que o débito autuado foi informado pela Impugnante em Notas Fiscais Eletrônicas (doc. 03), não havendo que se falar em qualquer prejuízo à atividade fiscalizatória.

Aduz que não é admissível que a multa seja fixada no patamar excessivo, sob pena de constituir meio por demais gravoso, representado pelo absurdo percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o ICMS-ST. Tal percentual revela, ainda, desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito, porque não pode ser desprestigiada de forma abusiva a proteção à propriedade, positivada na CF/88, em seu art. 5º, inciso XII.

Ao final, requer que sejam integralmente acolhidas as razões de defesa, a fim de que seja cancelado o crédito fiscal ora combatido (doc. 04), julgando-se improcedente o Auto de Infração. Cumulativamente, pugna pela homologação do pagamento do ICMS-ST realizado antes do encerramento do prazo de defesa (doc. 03), afastando-se a multa aplicada. Protesta por todos os meios de prova admitidos, requerendo a juntada dos documentos anexos e de novos documentos, bem como a realização de diligência e/ou perícia para fins de confirmação do recolhimento do ICMS-ST através das GNRE's apresentadas.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 114 a 117, aduzindo que após o cotejamento entre os comprovantes de recolhimento do ICMS-ST retido, referentes às suas Notas Fiscais emitidas pela Autuada, acostados a este PAF, e as informações do sistema de arrecadação da SEFAZ, duas situações distintas emergem. São as relativas às Notas Fiscais:

- 1) *com comprovantes de recolhimentos realizados nos períodos próprios, conforme arquivo magnético "Doc. 04-Planilhas-GNRE-COMPROV PGTO",*
- 2) *para as quais a Autuada reconheceu que não havia pagamentos, fez a agregação por valores mensais, procedeu os recolhimentos com correção monetária e anexou os comprovantes, conforme arquivo magnético "Doc. 03-Planilha-NFe com PGTO em 25.11.2015",*

Diz que apresenta planilhas, por ano, comparando-se os valores mensais devidos e reconhecidos pela Autuada com os valores recolhidos, em 25/11/2015, conforme o sistema INC, da SEFAZ, essas planilhas estão nas folhas 118 a 121.

Acrescenta que as Notas Fiscais reconhecidas pela Autuada como sem recolhimento do ICMS-ST retido estão grafadas em vermelho na sua planilha Excel, arquivo magnético "Doc. 04-Planilhas-GNRE-COMPROV PGTO". Frisa que para essas notas, a Autuada realizou o recolhimento, conforme arquivo magnético "Doc. 03-Planilha-NFe com PGTO em 25.11.2015".

No que se refere aos questionamentos sobre multas, ressalta que cabe tão somente submeter-se ao que determina a multicitada Lei 7.014/96, em seu art. 42, inciso V, letra "a":

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;"

Salienta que o enquadramento e a tipificação são informações automatizadas pelo SEAI, sistema da SEFAZ, acorde com as características da infração.

Ao final, ressalta que, tendo em vista a documentação apresentada pela Autuante, onde comprova todos os pagamentos, restam as multas que, no seu entendimento, são devidas.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, na condição de relator, constatei que o autuante acatou os argumentos de defesa, entretanto, nas planilhas acostadas às folhas fls. 118 a 121 dos autos, não ficou claro quais foram os valores recolhidos antes da autuação. Deste modo, foi proposta por este Relator e aceita pela 2ª JF a conversão do PAF em diligência a INFAZ DE ORIGEM para que o autuante elabore a seguinte planilha:

| DATA OCORR | VALOR AUTUADO | VALOR ANTES AUTUAÇÃO | PAGO DA | VALOR DEVIDO NA AUTUAÇÃO | VALOR APÓS PAGO AUTUAÇÃO |
|---------------|------------------|----------------------------|------------|--------------------------------|-----------------------------------|
| | (A) | (B) | | (C=A-B) | |

A diligência foi atendida, fls. 134 e 135.

O autuado recebeu cópia da diligência e foi intimado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à multa aplicada, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, foi imputado ao sujeito passivo ter deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saída e não recolheu o respectivo ICMS ou recolheu a menor. Conforme Demonstrativo resumidamente na TABELA I-QUADRO RESUMO – Demonstrativo do Débito, fl. 11 e relação de Notas Fiscais Eletrônicas emitidas para contribuintes da Bahia com ICMS ST – Substituição Tributária destacado nessas notas, ocorridos nos exercícios de 2010, 2011, 2013 e 2014, acrescido de multa de 150%, prevista na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Em relação ao pedido de redução da multa em 100% do valor aplicado, o que resultaria na exclusão de toda a multa objeto do Auto de Infração, o mesmo não pode ser acolhido por falta de previsão legal.

Ademais, mesmo que o sujeito passivo tivesse pago integralmente o Auto de Infração, não teria direito a tal benefício, uma vez que a multa aplicada foi enquadrada na alínea “a” do inciso V do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Cabe ressaltar que não foi acostado aos autos nenhum comprovante de pagamento constando o Número do Auto de Infração em tela. Após iniciada a ação fiscal, fica excluída a espontaneidade do qualquer recolhimento relativo ao ICMS devido, apurada pela fiscalização.

Somente os pagamentos realizados antes da ação fiscal podem ser considerados para abater do imposto devido apuração no Auto de Infração, fato que foi observado na revisão fiscal realizada pelo autuante, demonstrado no atendimento da diligência solicitada por essa Junta de Julgamento.

Acolho o resultado da revisão fiscal realizada pelo próprio autuante, uma vez que foi embasado em documentos de arrecadação apresentado pela defesa e conferido pelo fiscal, encontrando os mesmos valores reconhecidos e recolhimentos pelo contribuinte autuado.

Ademais, devo ressaltar que, diante da diligência fiscal, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou.

Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina que “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”.

Assim, a infração restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

| OCORRÊNCIA (MÊS) | ANO | VALOR AUTUADO | VALOR PAGO ANTES AUTUAÇÃO | ICMS DEVIDO APÓS JULGAMENTO |
|---------------------|------|---------------|---------------------------------|--------------------------------|
| | | (A) | (B) | (C = A -B) |
| 1 | 2010 | 6,57 | 0,00 | 6,57 |
| 2 | 2010 | - | | 0,00 |
| 3 | 2010 | - | | 0,00 |
| 4 | 2010 | - | | 0,00 |
| 5 | 2010 | 5.327,00 | 794,87 | 4.532,13 |
| 6 | 2010 | 23.905,62 | 740,13 | 23.165,49 |
| 7 | 2010 | 23.076,24 | 811,03 | 22.265,21 |
| 8 | 2010 | 20.474,11 | 2.212,64 | 18.261,47 |
| 9 | 2010 | 3.944,76 | 1.318,01 | 2.626,75 |
| 10 | 2010 | 2.269,02 | 1.251,30 | 1.017,72 |
| 11 | 2010 | 915,73 | 860,90 | 54,83 |
| 12 | 2010 | 300,01 | 0,00 | 300,01 |
| 1 | 2011 | 0,00 | | 0,00 |
| 2 | 2011 | 505,70 | 0,00 | 505,70 |
| 3 | 2011 | 2.104,14 | 1.491,46 | 612,68 |
| 4 | 2011 | 2.043,12 | 1.524,51 | 518,61 |
| 5 | 2011 | 2.259,45 | 1.656,73 | 602,72 |
| 6 | 2011 | 1.925,77 | 1.522,83 | 402,94 |
| 7 | 2011 | 2.084,11 | 1.388,83 | 695,28 |
| 8 | 2011 | 2.428,39 | 0,00 | 2.428,39 |
| 9 | 2011 | 2.745,11 | 0,00 | 2.745,11 |
| 10 | 2011 | 2.154,50 | 1.692,13 | 462,37 |
| 11 | 2011 | 2.812,62 | 856,67 | 1.955,95 |
| 12 | 2011 | 2.831,69 | 2.068,04 | 763,65 |
| 1 | 2013 | 3.425,60 | 3.150,07 | 275,53 |
| 2 | 2013 | 3.156,69 | 3.130,55 | 26,14 |
| 3 | 2013 | 4.021,50 | <u>4.021,50</u> | 0,00 |
| 4 | 2013 | 1.036,24 | <u>1.036,24</u> | 0,00 |
| 5 | 2013 | 3.197,65 | 0,00 | 3.197,65 |
| 6 | 2013 | 4.074,77 | 3.951,74 | 123,03 |
| 7 | 2013 | 4.949,35 | <u>4.744,95</u> | 204,40 |
| 8 | 2013 | 4.841,62 | 4.841,62 | 0,00 |
| 9 | 2013 | 5.518,27 | 5.518,27 | 0,00 |
| 10 | 2013 | 4.503,49 | <u>4.487,62</u> | 15,87 |
| 11 | 2013 | 5.410,74 | <u>2.944,93</u> | 2.465,81 |
| 12 | 2013 | 3.801,04 | 3.801,04 | 0,00 |
| 1 | 2014 | 3.741,68 | 2.538,16 | 1.203,52 |
| 2 | 2014 | 4.183,33 | 3.455,08 | 728,25 |
| 3 | 2014 | 3.383,45 | 2.397,24 | 983,03 |

| | | | | |
|--------------|------|----------|----------|-------------------|
| 4 | 2014 | 3.004,15 | 573,52 | 2.430,63 |
| 5 | 2014 | 2.780,53 | | 2.780,53 |
| 6 | 2014 | 2.124,29 | | 2.124,29 |
| 7 | 2014 | 2.764,32 | 1.616,79 | 1.147,53 |
| 8 | 2014 | 2.786,89 | 1.814,33 | 972,56 |
| 9 | 2014 | 3.226,09 | 195,32 | 3.030,77 |
| 10 | 2014 | 3.692,73 | 1.176,59 | 2.516,14 |
| 11 | 2014 | 2.912,16 | 2.892,23 | 19,93 |
| 12 | 2014 | 3.361,46 | 2.516,14 | 845,32 |
| TOTAL | | | | 109.014,51 |

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297856.0104/15-9**, lavrado contra **BIMBO DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **de R\$109.014,51**, acrescido da multa de 150% prevista no art. 42, inciso V, alínea "a" da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 junho de 2017.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR