

A. I. N° - 100303.0006/06-6
AUTUADO - HIGINA MAGAZINE LTDA.
AUTUANTE - MARGARET SAMPAIO BARBOSA LUCAS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 29/05/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0161-03/07

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Comprovado que o recolhimento foi efetuado a menos, conforme os demonstrativos elaborados pelo autuante. Infração subsistente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. É vedada a utilização de crédito fiscal sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso. Infração comprovada. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Não foi comprovado pelo defendente o pagamento do imposto lançado em seu livro fiscal. Infração subsistente. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no confronto entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro RAICMS. Infração caracterizada. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições de mercadorias para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. Exigência fiscal subsistente. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/05/2006, refere-se à exigência de R\$101.929,37 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de novembro de 2003; fevereiro, março e abril de 2004. Valor do débito: R\$5.955,48.
2. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de dezembro de 2003 e janeiro de 2004. Valor do débito: R\$5.133,74.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado

alterou a sua condição de Empresa de Pequeno Porte para Contribuinte Normal, em 01/05/2004, não apresentou documentos com a posição do estoque escriturado no livro Registro de Inventário e lançou crédito fiscal no livro RAICMS como “outros créditos”, no mês 05/2004. Valor do débito; R\$2.238,11.

4. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do ICMS no regime normal, nos meses de junho e julho de 2004. Valor de débito: R\$670,26.
5. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro RAICMS no mês 12/2005. Valor de débito: R\$3.673,17.
6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Falta de recolhimento da antecipação parcial, no período de março de 2004 a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$84.066,50
7. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Antecipação parcial referente ao mês de novembro de 2005. Valor do débito: R\$192,11.

À fl. 523 foi lavrado Termo de Revelia e encaminhamento do PAF à SAT/DARC/GECOB para inscrição do débito na Dívida Ativa.

O presente processo foi encaminhado à Infaz de origem (fl. 526) para reabertura do prazo de defesa, tendo em vista que foi orientado alterar o percentual da multa das infrações 6 e 7, de 50% para 60%, por se tratar de falta de recolhimento e recolhimento a menos da antecipação parcial, por contribuinte inscrito como empresa do Regime Normal, multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, sendo exarado o Parecer pela PGE/PROFIS às fls. 527/528, autorizando a alteração do percentual fixado a título de multa.

Intimado à fl. 533, o autuado apresentou impugnação às fls. 536 a 610, como primeira preliminar, requereu a reunião dos PAFs de números 100303.0006/06-6 e 9000001090061, por entender que se trata de conexão de infrações fiscais idênticas. Como segunda preliminar, informa que foi ajuizada uma Ação de Execução Fiscal de nº 1288312-3/2006, tendo sido argüida pelo autuado a “Execução de Pré-Executividade”, para tentar evitar uma decisão por vias de Embargos, e com reconhecimento parcial do Auto de Infração. O autuado informa que, inicialmente, não foi apresentada impugnação ao presente Auto de Infração, tendo contratado advogado para acompanhar o processo, tendo em vista que foi certificado revelia e encaminhamento do PAF para Execução Fiscal. O impugnante diz que, estando certo quanto à inexistência da execução dos créditos fiscais já lançados na escrita fiscal, e que não foram deduzidos do Auto de Infração, reconhece a sua procedência parcial. Quanto ao mérito, o autuado aduziu que ao mudar o sistema de apuração do imposto para o regime normal, lançou todas as compras fora do Estado que gerou débito do ICMS a recolher, tendo apresentado DME. O autuante foi avisado dos lançamentos efetuados pelo impugnante, mas entendeu que o fato temporal da antecipação parcial não foi observado, o que gerou o crédito fiscal apurado no regime normal e a antecipação parcial através do presente lançamento fiscal. O defendente entende que poderia ser exigida, apenas, penalidade pela intempestividade, uma vez que o crédito fiscal já se encontrava declarado ou teria sido feito dedução do ICMS já declarado. Entretanto, na Notificação Fiscal não foram considerados os créditos fiscais já lançados na apuração normal e não foram deduzidos os valores da antecipação parcial, nos meses de maio a dezembro de 2004; janeiro a dezembro de 2005. Foi apurado o ICMS pelo regime normal no valor de R\$104.913,97, enquanto a antecipação parcial o valor de R\$82.017,48. Portanto, alega que “a certidão de dívida ativa que poderá resultar o presente processo administrativo fiscal será sobre os demais valores reconhecidos no auto de infração no importe de R\$22.896,49”, conforme demonstrativo que apresentou à fl. 618. Saliencia que se for apreciada a impugnação apresentada, poderá ser revista a exigência fiscal, e ter um parecer opinativo favorável pela dedução dos créditos fiscais lançados e declarados. Diz que o presente

Auto de Infração não atende às normas gerais dos atos administrativos vinculados e regradados pela Constituição Federal e pelo CTN. Salienta que a responsabilidade tributária por substituição se dá de forma regressiva e progressiva, sendo que a progressiva tem sido utilizada para facilitar os controles e a arrecadação de diversos tributos, envolve a problemática jurídica causada pela atribuição a terceira pessoa da responsabilidade tributária por substituição, de fato gerador que irá ocorrer presumivelmente. O defendente reproduz o § 2º, do art. 58, do CTN, e assegura que a Lei Complementar 87/96 é clara ao prever que o pagamento do imposto sob o regime de substituição tributária encerra a fase de tributação. Transcreve o art. 128 do CTN, e diz que as leis instituidoras do ICMS de cada Estado e do Distrito Federal trazem dispositivos que tratam do instituto da substituição tributária. O defendente comenta sobre o substituto tributário; a responsabilidade tributária atribuída ao contribuinte que promover saída de mercadoria sem documentação fiscal; a previsão constitucional de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” e transcreve o art. 150, inciso I, da Constituição Federal, assegurando que não é a realização de qualquer fato ou ato que faz nascer a obrigação tributária, e só a lei pode atribuir responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa. Portanto, alega que, sem discutir sobre a legalidade do instituto da substituição tributária, a exigência do imposto é indevida, salientando que o imposto a ser pago por substituição tributária corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para operações ou prestações internas e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto, e isso não foi demonstrado pela fiscalização. Prosseguindo, o defendente comenta sobre a responsabilidade do contribuinte substituto pela inadimplência do pagamento do tributo, citando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina do Prof. Johnson Barbosa Nogueira. Assegura que no caso em exame, a fiscalização responsabiliza solidariamente o contribuinte substituído. Em relação à base de cálculo, o defendente entende que, na cobrança antecipada do tributo, via substituição tributária, estima-se que a base de cálculo cobre em sua totalidade todas as operações posteriores, mas essa base de cálculo deve coincidir com o valor real da operação, e a utilização equivocada de projeções não poderá servir para aferir o que tenha ocorrido. Portanto, entende que o Fisco pretende transferir ao autuado a obrigação de provar aquilo que o Auto de Infração não conseguiu, e o ônus da prova, em direito, é sempre de quem acusa. O defendente argumenta, também, que houve violação dos princípios do processo administrativo tributário, citando o art. 2º do RPAF-BA, que estabelece a verdade material e o informalismo como princípios do processo administrativo fiscal. Transcreve ensinamentos de Fábio Konder Comparado, Paulo Benevides, Jorge Miranda, James Amarins, Wladimir Novaes Filho, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Eduardo G. Bomquimpani, Edvaldo Brito, Fernando Facury Scaff, James Marins, Celso Ribeiro Bastos. Concluindo, o defendente reafirma a alegação de que o autuante não considerou os créditos fiscais já lançados na apuração normal do ICMS e não foram deduzidos na autuação fiscal, dos meses de maio a dezembro de 2004 e de janeiro a dezembro de 2005, quando a conta corrente fiscal encerra-se com saldo negativo. Pede a revisão do lançamento para o exercício do controle da legalidade, nos termos do art. 114, II, do RPAF, para que sejam deduzidos os créditos fiscais já lançados e declarados, para desconstituir lançamentos idênticos em duplicidade em relação à Notificação de Lançamento de nº 9000001090061. Caso assim não for entendido, requer que se manifeste sobre a legalidade do lançamento e que seja reconhecido o direito à dedução dos créditos fiscais, informando que está à disposição para apresentar todos os livros e documentos fiscais e contábeis.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 625 a 630 dos autos, rebate as alegações defensivas, argumentando que em relação à preliminar para que sejam reunidos os PAFs de números 1003030006/09-6 e 9000001090061, por se tratar de conexão de infrações fiscais idênticas, houve equívocos nas alegações defensivas, tendo em vista que foi apurado no levantamento fiscal que o autuado não recolheu o ICMS pelo regime normal no período fiscalizado; foram considerados os valores citados no PAF nº 9000001090061, e também o de nº 9000008285054, referentes ao ICMS regime normal (fls. 13/14 e 37/38), e as diferenças apuradas foram exigidas nas infrações 3, 4 e 5. Quanto aos valores exigidos nas infrações 6 e 7, diz que os demonstrativos de fls. 15 a 28, indicam

que o autuado efetuou recolhimentos relativos à antecipação parcial dos meses 11/2004, 01/2005, 11/2005 e 12/2005; os pagamentos estão comprovados às fls. 75 a 77, e foram considerados nos cálculos do imposto exigido no presente lançamento. Portanto, a autuante confirma que os lançamentos são distintos e específicos, em relação ao ICMS pelo regime normal e antecipação parcial, inexistindo conexão entre as infrações. Quanto à segunda preliminar, em que o defendente informa que existe uma Ação de Execução Fiscal de nº 1288312-3/2006, tendo como objeto a notificação de lançamento fiscal, e informando que peticionou arguição à execução, para evitar uma decisão via embargos, com reconhecimento parcial do Auto de Infração, tendo sido alegado pelo defendente que não houve a dedução de créditos fiscais lançados em sua escrita fiscal como devedora, a autuante alertou para os valores apurados no demonstrativo de fls. 13/14, comparado com os registros às fls. 359 a 381 e 449 a 482 (valores dos campos “apuração dos saldos” e “imposto a recolher”), devendo ser cotejados esses valores aos informados na Notificação Fiscal de fls. 37/38 e 616. Assim, a autuante afirmou que está comprovada a existência da dedução dos valores questionados pelo defendente no presente lançamento, nas infrações 3, 4 e 5. No mérito, a autuante comenta sobre a alegação defensiva de que foi apurado o ICMS normal no valor de R\$104.913,97, tendo direito ao crédito da antecipação parcial no valor de R\$82.017,48, alterando o valor da certidão de dívida ativa que poderá resultar no débito de R\$22.896,49, valor reconhecido pelo defendente. A autuante argumentou que se trata de ações distintas e valores específicos, discordando inteiramente do autuado, salientando que os valores pagos como antecipação parcial foram considerados na apuração do imposto reclamado nas infrações 6 e 7, do presente Auto de Infração, e não existe no RICMS a previsão de utilização de crédito sem o pagamento ou sua comprovação. Em relação aos fundamentos jurídicos apresentados pelo defendente, a autuante assegura que ao fazer o lançamento seguiu a legislação do ICMS; constatou que o contribuinte não recolheu o imposto na época em que ocorreram os fatos geradores, na entrada da mercadoria no estabelecimento, por não possuir regime especial, impedindo a aplicação prática da não cumulatividade, e após o pagamento do imposto devido, poderá ser utilizado o crédito fiscal para compensar o imposto apurado no período seguinte. Com relação à responsabilidade do contribuinte substituto pela inadimplência do pagamento do imposto, a autuante ressalta que a legislação do ICMS prevê a figura da responsabilidade solidária, na apuração do ICMS por substituição tributária. Quanto à base de cálculo, a autuante assegura que o presente lançamento está em conformidade com a legislação tributária; o autuado apresentou os documentos que foram verificados e permitiram fundamentar o presente Auto de Infração. Diz que fundamentam a exigência fiscal os demonstrativos e documentos acostados aos autos, e com base na doutrina e na jurisprudência, tais elementos constituem provas suficientes para efetivar o lançamento. A autuante contesta o argumento defensivo quanto à violação dos princípios do Processo Administrativo Tributário, sustentando que em relação ao princípio da verdade material e do formalismo do lançamento tributário, discorda do defendente, tendo em vista que o autuado foi intimado da autuação fiscal, recebeu as cópias do levantamento fiscal e do Auto de Infração; foi constatada falta de pagamento do ICMS na condição de empresa de pequeno porte e pelo regime normal de apuração do imposto, além da falta de pagamento da antecipação parcial. Diz que foram proporcionados todos os prazos para apresentação de defesa, e no momento de inscrever o débito em Dívida Ativa, mais uma vez, foi oferecida a oportunidade de se manifestar, sendo obedecidos os princípios da ampla defesa, do contraditório, da verdade material, além do formalismo, por isso, entende que o autuado não pode se sentir prejudicado, uma vez que lhe foram proporcionados e garantidos todos os seus direitos estabelecidos na legislação. A autuante analisa as conclusões apresentadas pelo defendente, em relação à redução do valor exigido para R\$22.896,49. Diz que não pode concordar com as alegações defensivas, uma vez que o autuado não recolheu o ICMS no período fiscalizado, e não há como conceder créditos fiscais relativos aos valores da antecipação parcial, tendo em vista que não foi constatada qualquer comprovação de recolhimentos nos controles da SEFAZ. Para os demais itens do Auto de Infração, reafirma que foram observados todos os princípios, e o levantamento fiscal foi realizado a partir dos documentos apresentados pelo contribuinte. Por

fim, em relação ao argumento defensivo de que os documentos encontram-se à disposição, a autuante diz que não houve necessidade de recorrer à documentação do autuado, uma vez que os documentos e cópias de notas fiscais e dos livros estão anexados ao presente processo para comprovação do lançamento efetuado.

À fl. 633 do PAF, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal prestada pela autuante, constando à fl. 634, o Aviso de Recebimento comprovando que o contribuinte recebeu cópia da mencionada informação fiscal. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, quanto à primeira preliminar apresentada pelo defendente requerendo a reunião do presente Auto de Infração com o PAF de número 9000001090061 (Notificação Fiscal à fl. 616), por entender que se trata de conexão de infrações fiscais idênticas, fica indeferido o pedido, tendo em vista que não há previsão regulamentar para tal procedimento, e os valores consignados no mencionado PAF foram computados no presente lançamento, conforme demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 13/14, coluna “valor recolhido”.

Como segunda preliminar, o defendente informa que foi ajuizada uma Ação de Execução Fiscal de nº 1288312-3/2006, tendo sido argüida pelo autuado a “Execução de Pré-Executividade”, para tentar evitar uma decisão por vias de Embargos, e com reconhecimento parcial do Auto de Infração. Este PAF não trata de execução fiscal relacionada ao débito apurado no presente lançamento, haja vista que não houve a inscrição do débito em Dívida Ativa, e o Auto de Infração foi encaminhado à Infaz de origem (fl. 526) para reabertura do prazo de defesa, em decorrência da necessidade de alterar o percentual da multa das infrações 6 e 7, de 50% para 60%, sendo exarado o Parecer pela PGE/PROFIS às fls. 527/528, autorizando a alteração do percentual fixado a título de multa.

Quanto à alegação de que não foram considerados os créditos fiscais já lançados na apuração normal e que não foram deduzidos os valores da antecipação parcial, nos meses de maio a dezembro de 2004; janeiro a dezembro de 2005; observo que essas alegações defensivas se referem à Notificação Fiscal nº 900000.1090/06-1, e por isso, não podem ser apreciadas como preliminar de nulidade, por se tratar de questão de mérito.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Em relação à alegação defensiva de que há necessidade da realização de revisão do lançamento, embora não tenha formalizado o pedido, decido pela não realização de diligência fiscal, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência, e diante do levantamento fiscal, com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante.

No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de novembro de 2003; fevereiro, março e abril de 2004, conforme demonstrativos de fls. 11/12.

Em sua impugnação, o autuado não apresentou qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, haja vista que apresentou alegações em relação à Notificação Fiscal lavrada em procedimento fiscal anterior.

No caso em exame, os demonstrativos foram elaborados com base nas Notas Fiscais de compras, além de informações coletadas pelo Sistema CFAMT, sendo fornecidas ao autuado as cópias dos mencionados demonstrativos, conforme recibo à fl. 04. Infração subsistente.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de dezembro de 2003 e janeiro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 11/12.

Também em relação a esta infração, autuado não apresentou qualquer elemento ou documento para comprovar as suas alegações, negando o cometimento da irregularidade apurada.

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e 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).

Concluo pela subsistência desta infração, considerando que a irregularidade apurada está comprovada por meio dos demonstrativos elaborados pelo autuante, fornecidos ao contribuinte mediante recibo.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado alterou a sua condição de Empresa de Pequeno Porte para Contribuinte Normal, em 01/05/2004, não apresentou documentos com a posição do estoque escriturado no livro Registro de Inventário e lançou crédito fiscal no livro RAICMS como “outros créditos”, no mês 05/2004, (demonstrativo à fl. 13)

O art. 408-B, do RICMS/97 estabelece que, na hipótese de alteração de inscrição, passando o contribuinte da condição de microempresa, de empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, deverá o contribuinte, no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, especificando, separadamente, as mercadorias cujas operações subseqüentes sejam isentas ou não-tributadas; as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos dos incisos II e IV do art. 353; as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, não referidas anteriormente, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.

Saliento que o § 2º do mencionado artigo, prevê que a utilização do crédito referente às mercadorias do regime normal de apuração, deverá ser seguida de comunicação escrita dirigida à Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte.

Quanto ao estoque apurado, o mesmo deverá ser lançado no Registro de Inventário, no prazo de 60 dias (§ 3º do art. 408-B do RICMS/97).

No caso em exame, o autuado lançou no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de maio de 2004, o valor de R\$2.238,11 (fl. 361) como “outros créditos”, com a indicação de que se refere ao crédito do estoque existente na mudança de condição. Entretanto, não houve qualquer comprovação quanto à existência deste estoque, inclusive da escrituração no livro próprio, e a comprovação da origem e tipo das mercadorias inventariadas para efeito de utilização do crédito fiscal, conforme previsto no RICMS-BA, dispositivos acima reproduzidos. Infração subsistente

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento do ICMS no regime Normal, nos meses de junho e julho de 2004, conforme demonstrativos de fls. 13/14.

Infração 05: Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro RAICMS no mês 12/2005, demonstrativo de fls. 13/14.

De acordo com as alegações defensivas, em relação às infrações 4 e 5, a autuante não considerou os créditos fiscais já lançados e não foram deduzidos os valores relativos aos meses de maio a dezembro de 2004 e de janeiro a dezembro de 2005. Entretanto, está comprovado pelos demonstrativos e foi esclarecido pela autuante na informação fiscal, que foram considerados os valores citados no PAF nº 9000001090061, e também o de nº 9000008285054, referentes ao ICMS regime normal (fls. 13/14 e 37/38).

O autuado nega o cometimento das irregularidades apontadas na autuação fiscal, o que não desonera o sujeito passivo de comprovar a ilegitimidade da exigência fiscal. Assim, considero procedentes as infrações 04 e 05, haja vista que os valores apurados estão comprovados por meio dos demonstrativos elaborados pela autuante de fls. 13/14 do presente processo.

Infração 06: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, no período de março de 2004 a dezembro de 2005, fls. 15 a 28.

Infração 07: Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação na condição de microempresa, empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Antecipação parcial referente ao mês de novembro de 2005 (fl. 28).

O autuado alega que, sem discutir sobre a legalidade do instituto da substituição tributária, a exigência do imposto é indevida, salientando que o imposto a ser pago por substituição tributária corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para operações ou prestações internas e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto, e isso não foi demonstrado pela fiscalização.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

O defendente apresentou alegações quanto à antecipação por substituição tributária, apresentando o entendimento de que na cobrança da antecipação via substituição tributária, estima-se que a base de cálculo cobre em sua totalidade todas as operações posteriores. Entretanto, trata-se de exigência do imposto por antecipação parcial, e por isso, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que, de acordo com o dispositivo legal acima reproduzido, a antecipação parcial do ICMS, ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Quanto à base de cálculo do imposto exigido, que também foi questionada pelo autuado, sob a alegação de que essa base de cálculo deve coincidir com o valor real da operação, e a utilização equivocada de projeções não poderá servir para aferir o que tenha ocorrido, observo que a base de cálculo, apurada pela autuante, está de acordo com o previsto no art. 23, III, da mencionada Lei 7.014/96, que estabelece que a base de cálculo em relação à antecipação parcial é o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, o que está comprovado no levantamento fiscal.

Em relação à alegação defensiva de que não foram considerados os créditos fiscais, constato que no levantamento fiscal (fls. 15 a 28) foram computados os mencionados créditos, de acordo com o valor do imposto destacado em cada documento fiscal. Ademais, concordo com o posicionamento da autuante, de que o crédito fiscal relativo à antecipação parcial só pode ser utilizado se o imposto foi recolhido. Portanto, concluo pela subsistência destas infrações.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 100303.0006/06-6, lavrado contra **HIGINA MAGAZINE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$101.929,37**, acrescido das multas de 50% sobre R\$99.691,26 e 60% sobre R\$2.238,11, previstas no art. 42, incisos I “a”, II “b”, itens 1 e 3 e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR