

A. I. Nº - 210944.0014/10-8  
AUTUADO - JAZIEL DOS SANTOS GOMES  
AUTUANTE - JUREMA COSTA BATISTA RIOS  
ORIGEM - INFAC JACOBINA  
INTERNET - 28. 06. 2011

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0171-01/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal apresentando elementos de provas que confirmam o recolhimento do imposto exigido antes do início da ação fiscal. Infração parcialmente subsistente. b) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Restou comprovado que o autuado incorreu na irregularidade apontada neste item da autuação. Infração subsistente. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista à época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. MULTA. Está patente nos autos o cometimento da infração. Os livros fiscais devem ser apresentados ao Fisco, independentemente de se encontrarem ou não escriturados. Mantida a multa. Não acolhida a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2010, exige crédito tributário no valor de R\$ 71.005,49, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro e julho de 2008, fevereiro, abril a novembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 66.562,26, acrescido da multa de 50%;
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto a novembro de 2007, abril, maio, julho e agosto de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.983,23, acrescido da multa de 50%;
3. Deixou de apresentar livros fiscais quando devidamente intimado, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00.

O autuado apresentou defesa(fls. 212 a 224), argüindo, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração sob os seguintes argumentos:

- que o dispositivo legal referente à multa aplicada, no caso, art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96, não guarda qualquer relação com a situação objeto da autuação;
- que nos demonstrativos elaborados pela autuante existem três colunas, no caso, “ICMS A RECOLHER”, “ICMS RECOLHIDO” e “DIFERENÇA A RECOLHER”, contudo, se há uma coluna de “ICMS RECOLHIDO”, logicamente, houve algum recolhimento do imposto, razão pela qual a infração 01 não pode ter decorrido de “FALTA DE RECOLHIMENTO”, sendo sua descrição referente a ilicitude enquanto a acusação fiscal diz respeito a outra irregularidade;
- que o Auto de Infração foi lavrado por Agente de Tributos que não tinha competência legal para tanto, haja vista que a autuação diz respeito a fatos geradores ocorridos antes do advento da Lei nº 11.470/09, cuja vigência ocorreu a partir de 01/07/2009, ou seja, a competência legal para que o agente de tributos realize lançamento tributário, somente pode ocorrer para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/07/2009. Fundamenta tal argumentação, invocando o art. 144 do Código Tributário Nacional, cujo teor reproduz, afirmado que o referido dispositivo legal vincula o lançamento à regência da lei vigente à época da ocorrência do fato gerador, dando a autoridade fiscal o poder e o dever de lançar. Aduz que o mencionado artigo trata das regras de direito material relativas ao tributo correspondente, assim entendidas aquela que definem fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas, contribuintes e o próprio lançamento. Diz que o lançamento tributário deve estar revestido dos requisitos formais e materiais, além dos requisitos e dos pressupostos para sua validade, dentre eles a competência do agente, podendo se concluir que somente os Auditores Fiscais deveriam exigir tributos mediante Auto de Infração, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 01/07/2009. Evoca e transcreve o § 1º do art. 144 do CTN, para sustentar que não pode haver ampliação de poderes em relação a novas competências, haja vista que o cargo de Agente de Tributos existia antes de nova lei, sendo que a competência ali instituída foi estabelecida para ter validade somente a partir de 01/07/2009, portanto, os Agentes de Tributos somente podem lançar tributos em relação aos fatos geradores posteriores a vigência da nova lei que lhes conferiu competência antes inexistentes;
- que em nenhum mês deixou de pagar o ICMS devido por antecipação parcial, conforme DAEs anexados, razão pela qual não pode ser acusado de ter deixado de recolher o imposto;
- que não reconhece as notas fiscais arroladas no levantamento, pois conforme comprovam os documentos acostados aos autos, todas as operações tiveram o imposto por antecipação parcial pago. Salienta que os recolhimentos do tributo exigido nesta infração [01] são todos efetuados nos postos fiscais, pelos próprios Agentes de Tributos, uma vez que não está credenciado a realizar o pagamento do ICMS antecipação parcial em momento posterior, sendo impossível para a empresa adquirir mercadorias sem o pagamento do imposto exigido na infração 02;
- que a autuante não considerou a redução a que faz jus por comprar as mercadorias exclusivamente junto a indústrias, conforme determinação do art. 352-A, §4º e seguintes do RICMS/BA.

Conclui que o lançamento atinente às infrações 01 e 02 é nulo, seja porque exarado por autoridade incompetente, seja porque baseado em notas fiscais fictícias, cujos negócios a empresa não fez parte.

Prosseguindo, destaca que o ônus de provar o ilícito tributário é de quem acusa, não sendo suficiente a quem fiscaliza colher informações distorcidas ou falsas de sistemas de processamento de dados, que não possuem força probatória legal, sem trazer ao processo as provas de que o autuado, efetivamente, adquiriu as mercadorias objeto da autuação para o fim de comercialização. Cita e transcreve lição de Cândido Rangel Dinamarco, bem como invoca o art. 333 do Código de Processo Civil, para dizer que cabe ao autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, cabendo ao acusado a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

Alega que as informações constantes em meios magnéticos somente poderão servir como provas quando se fizerem acompanhar de assinatura, certificação e autenticação digitais, devidamente previstas na legislação, não servindo de prova de que as mercadorias entraram no estabelecimento. Invoca e transcreve o Acórdão JJF N° 0395/02-09, para reforçar seu argumento.

Afirma que resta comprovado que as três infrações apontadas no Auto de Infração maculam os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, devendo ser declarado nulo. Tece comentário sobre os princípios gerais do direito processual, dizendo que são preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais, apresentando suas classificações, segundo Gomes de Canotilho e Jorge Miranda. Observa que os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa têm previsão no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal. Cita lição de Segundo Moraes, referente ao princípio do devido processo legal. Diz que a ampla defesa e o contraditório são as bases do devido processo legal.

Sustenta que a infração 03 também é nula, por não indicar os livros ou documentos que a autuante entendeu que não foram entregues, portanto, não tendo como saber do que está sendo acusado, o que impossibilita o exercício de sua defesa.

Continuando, diz que na remota hipótese de ser ultrapassada as preliminares de nulidade, apenas em homenagem ao debate, o Auto de Infração é improcedente, conforme demonstrará a seguir.

Alega que as infrações 01 e 02 foram levantadas pela autuante com base em notas fiscais desconhecidas, nos termos das cópias anexadas a peça de defesa.

Frisa que se por um equívoco ocorreu alguma entrada sem o respectivo recolhimento do ICMS por antecipação parcial, a saída vinculada a esta entrada foi devidamente tributada, razão pela qual não se pode exigir novamente o citado imposto, sob pena de excesso de exação e/ou bitributação. Acrescenta que para constatação de sua afirmativa, basta efetuar o cotejo entre as cópias anexadas e os levantamentos elaborados pela autuante. Alega que é ilegítimo, ilegal e inadequado o lançamento da infração 02, pois deveria conter, no que tange a eventuais aquisições comprovadas, apenas a multa, nunca o imposto.

Assevera que o art.42, I, “b” da Lei nº 7.014/96, não se aplica aos fatos descritos no Auto de Infração, inexistindo previsão legal para aplicação de multa, no que diz respeito aos fatos geradores ocorridos antes de 28/11/2007.

Alega que somente a partir da data em que entrou em vigor a Lei nº 10.847, de 27/11/2007, que acrescentou o termo “parcial” à redação anterior é que se pode impor penalidade em relação às infrações 01 e 02.

Consigna que outra questão a ser levantada diz respeito à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, haja vista que sempre que uma operação realizada por contribuinte do ICMS for também fato gerador do IPI, deve esse imposto ser excluído da base de cálculo do ICMS. Invoca nesse sentido o art. 155, § 2º, inciso XI da Constituição Federal, bem como o art. 13, § 2º da Lei Complementar 87/96 e decisões administrativas e judiciais.

Afirma que na hipótese de incidência do ICMS em operação realizada entre distribuidor, equiparado a industrial, e varejista, na qual o ICMS por substituição tributária é recolhido pelo industrial, não há que se falar em inclusão do IPI na base de cálculo do mesmo.

Ressalta que na operação realizada entre o distribuidor e o varejista, onde o industrial já recolheu o ICMS por substituição tributária, os dois requisitos da norma constitucional restam cumpridos, no caso, operação realizada entre contribuintes e mercadorias com fins específicos mercantis.

Diz que resta conferir se é hipótese de constituir fato gerador do IPI, já que também não remanescem dúvidas quanto à ocorrência do fato gerador do ICMS. Acrescenta que sob este aspecto, tratando-se de operação sujeita ao recolhimento do IPI, nos moldes do art. 9º do Regulamento do IPI, não há que se fazer distinção, pois a Constituição Federal não o fez. Reproduz julgado do Supremo

Tribunal Federal, no caso, o RE n. 170412/SP, 24/09/96-Segunda Turma, nesse sentido. Diz também que a doutrina é unânime em afirmar que é inconstitucional a previsão de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS quando o preceito constitucional proíbe.

Rechaça a infração 03, negando de forma peremptória que tenha causado qualquer tipo de embaraço à ação fiscal. Assevera que todos os livros solicitados mediante intimação da autuante e que esta tinha competência para intimar foram devidamente entregues.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, sua improcedência. Requer, também, que todas as intimações, notificações e publicações em Diário Oficial sejam feitas em nome do advogado signatário, cujo endereço foi especificado no inicio da peça de defesa, bem como a realização de diligência por Auditor Fiscal da Assessoria Técnica do CONSEF, no intuito de comprovar todas as suas alegações. Requer, ainda, que não sendo este o entendimento dos julgadores, a redução da multa da infração 03 para o valor de R\$ 50,00, com base nos fundamentos acima aduzidos, e inexistência de dolo, fraude, simulação ou falta de recolhimento do imposto.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 325 a 330), sustentando que a lavratura do Auto de Infração se deu dentro das formalidades exigidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, não procedendo o pedido de nulidade, haja vista que é possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Contesta o argumento defensivo referente à inaplicabilidade da multa prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei 7.014/96, sustentando que está correta, tendo em vista que se trata de 50% sobre o valor do imposto, em decorrência da falta de seu recolhimento nos prazos regulamentares, conforme a Lei 7.357/98, que alterou a Lei 7.014/96. Acrescenta que o imposto deixou de ser recolhido, bem como fora recolhido a menos, conforme demonstrativos acostados aos autos às fls. 06 a 23.

No que concerne à alegação defensiva atinente a competência legal dos Agentes de Tributos Estadual para lançamentos tributários, outorgada pela Lei 11.470/2009, diz que a argüição sobre a competência ou não dos Agentes de tributos para lavratura de Auto de Infração e sobre os lançamentos tributários anteriores à vigência da Lei 11.470/09, estão sendo discutidas no STF e na PGE, respectivamente, não lhe cabendo proferir qualquer comentário sobre o mérito dessa matéria.

Afirma que as notas fiscais de aquisição, correspondentes aos exercícios 2007, 2008 e 2009, apresentadas ao Fisco, estão descritas nos demonstrativos de apuração do imposto, relativo à antecipação parcial às fls. 06 a 23 dos autos, e constam no livro Registro de Entradas de mercadorias, escriturado pelo contribuinte. Observa que as planilhas contendo a relação de notas fiscais não apresentadas, 2009, 2008 e 2007, anexadas pelo impugnante às fls. 249 a 252, não são peças integrantes do Auto de infração, ou seja, não fazem parte da lide.

Ressalta que o fato de o contribuinte estar descredenciado não leva certeza do recolhimento de todo o imposto devido por antecipação parcial, nos exercícios de 2007, 2008 e 2009, com código de receita 2183, pagamento na fronteira, tendo em vista que este anexou à defesa cópias de DAEs com código de receita variado, inclusive 2175, que é DAE emitido pelo contribuinte e que supostamente goza de prazo estabelecido no art. 125 do RICMS/97. Acrescenta que o contribuinte tem quatro Processos Administrativo Fiscal, no caso, de nºs 8000000334/07-7, 0558620045/05-5, 8000000335/07-3 e 2069770200/08-5, que se encontram em fase de parcelamento, inclusive dois inscrito em Dívida Ativa que, quando estão parcelados e com as parcelas em dia, suspende a exigibilidade do crédito e a empresa passa a ter condição de ser credenciada.

Assevera que o argumento do contribuinte de que o ICMS relativo à antecipação parcial referente aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, exigido no Auto de Infração em lide, fora recolhido na íntegra e que não houve recolhimento a menos, pelo fato de somente recolher imposto com DAE com código de receita 2183, não tem fundamento.

Frisa que os DAEs anexados pelo defendante às fls. 266 a 322, no intuito de comprovar que todos os pagamentos foram efetuados e, consequentemente, nada deve ao Erário estadual, apenas confirmam o acerto do levantamento fiscal, haja vista que foram anexados todos os DAEs considerados provas suficientes para sua defesa.

Prosseguindo, diz que reconhece assistir razão ao impugnante quanto ao valor de R\$ 2.443,94, constante no Demonstrativo de Antecipação Parcial à fl. 07 dos autos, já que fora recolhido, conforme DAE anexado pela defesa à fl. 307, não apresentado à época da ação fiscal para as devidas verificações. Ressalta que não poderia adivinhar os números das notas fiscais que estavam inseridas no campo de informação do DAE, haja vista que este se encontrava na posse do autuado.

Salienta que todos os DAEs apresentados pelo contribuinte à época da ação fiscal tiveram os números das notas fiscais correspondentes confrontados com a relação de DAEs fornecidos pelo INC (informação do contribuinte), sistema da SEFAZ, demonstrando claramente quais os meses em que não houve recolhimento e quais os meses que houve recolhimento a menos

Consigna que relativamente à redução de 60%, no exercício fiscalizado 2008 e 2009, o art. 352-A, § 4º, inciso I do RICMS/97, cuja redação foi dada pela Alteração 99 (Decreto 10.710/08), efeito de 19/01/08 até 26/10/2009, não fez parte dos cálculos da apuração do imposto demonstrado nas planilhas de fls. 06 a 16 dos autos, em virtude de o contribuinte, na condição de empresa de pequeno porte - EPP, declarar no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS, as receitas brutas maiores que R\$ 30.000,00, no antepenúltimo mês ao de referência, nos exercícios de 2008 e 2009, efeito a partir de 01/03/2008, bem como não ter recolhido no prazo estabelecido pela legislação do ICMS.

Frisa que a base de cálculo da antecipação parcial, na forma do art. 352-A c/c o art. 61, inciso IX, do RICMS/97, é composta do valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, ou seja, é composto de todos os itens que formam o custo da mercadoria, o que representa o campo da nota fiscal denominada: valor total da nota, incluindo IPI, frete, quando houver na operação, seguro da mercadoria, bem como demais despesas acessórias que agreguem o valor do produto.

No tocante à infração 03, diz que o contribuinte não apresentou o livro Registro de Inventário, conforme cópia da intimação para apresentação dos documentos fiscais à fl. 208 dos autos e protocolo de entrega dos documentos, anexado a informação fiscal.(fl. 393).

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª JJF, considerando que a autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 325 a 330, acatara o argumento defensivo de descaber a exigência referente à infração 01, relativo ao período de ocorrência de 30/04/2008, no valor de R\$ 2.443,94, inclusive anexando aos autos novos demonstrativos às fls. 331 a 391, converteu o processo em diligência à INFRAZ/JACOBINA(fl. 395), a fim de que a Repartição Fazendária entregasse ao autuado, mediante recibo específico, cópia da informação fiscal e dos novos elementos acostados pela autuante, quando deveria ser informado ao contribuinte quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para se manifestar.

Intimado para conhecimento da informação fiscal, o autuado acusou o recebimento, contudo, não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade do Auto de Infração argüidas pelo impugnante, conforme faço a seguir.

No que concerne argüição de que o Auto de Infração foi lavrado por Agente de Tributos que não tinha competência legal para tanto, haja vista que a autuação diz respeito a fatos geradores ocorridos antes do advento da Lei nº 11.470/09, cuja vigência ocorreu a partir de 01/07/2009, ou seja, a competência legal para que o Agente de Tributos realize lançamento tributário, somente pode

ocorrer para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/07/2009, não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isto porque, com o advento da Lei nº 11.470/09, de 01/07/2009, a competência para lavrar Auto de Infração referente a contribuintes optantes pelo Simples Nacional passou a ser exclusivamente do Agente de Tributos. Ou seja, com a efetivação do Simples Nacional no mês de julho de 2007, somente o Agente de Tributos pode lavrar Auto de Infração que envolva contribuintes optantes pelo Simples Nacional. Significa dizer que o Auditor Fiscal somente tem competência para lavrar Auto de Infração envolvendo contribuintes optantes pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – Simbahia, até junho de 2007.

Desta forma, considerando que o lançamento deve observar a lei tributária material vigente à época da ocorrência do fato gerador, consoante determina o art. 144 do CTN e, relativamente ao aspecto processual ou procedural, deve observar a legislação processual vigente à sua época, não resta dúvida que o Auto de Infração em exame foi lavrado por agente competente, nos termos da Lei nº 11.470/09, vigente à época do lançamento.

A título ilustrativo, consigno que o entendimento acima já foi objeto de decisões pela segunda instância deste CONSEF, conforme os Acórdãos CJF Nº 0349.12.10 e CJF 0353-12.10, sendo que, neste último reproduzo a ementa, conforme abaixo:

**“EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE COMPETÊNCIA DO AUTUANTE. NOVA DECISÃO EM RELAÇÃO A INFRAÇÃO 3 DO AUTO DE INFRAÇÃO.** O lançamento deve se ater à lei tributária material vigente à época da ocorrência do fato gerador, assim entendida aquela que estabelece os elementos essenciais da obrigação tributária, nos termos do caput do art. 144. Já o lançamento, como procedimento, rege-se pela legislação (processual ou procedural) vigente à sua época. O Auto de Infração foi lavrado por agente competente, nos termos da Lei nº 11.470/09, vigente à época do lançamento. Inexistência de vício de competência do agente apontado pela JJF. Modificada a Decisão recorrida. Retorno dos autos à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.”

No que tange ao argumento defensivo de que nos demonstrativos elaborados pela autuante existem três colunas, no caso, “ICMS A RECOLHER”, “ICMS RECOLHIDO” e “DIFERENÇA A RECOLHER”, contudo, se há uma coluna de “ICMS RECOLHIDO”, logicamente, houve algum recolhimento do imposto, razão pela qual a infração 01 não pode ter decorrido de “FALTA DE RECOLHIMENTO”, sendo sua descrição referente a ilicitude enquanto a acusação fiscal diz respeito a outra irregularidade, também não acolho tal arguição, haja vista que claramente se verifica que os demonstrativos aduzidos pelo impugnante, apesar de conterem as colunas referidas, dizem respeito a cada infração de per si, ou seja, infração 01 e infração 02.

No respeitante à argüição de nulidade por não reconhecer as notas fiscais arroladas pela autuante no levantamento, observo que descabe tal argumentação, tendo em vista que os mencionados documentos fiscais referentes aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, descritos nos demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 06 a 23 dos autos, constam no livro Registro de Entradas de mercadorias escriturado pelo próprio contribuinte. Noto que assiste razão a autuante quando diz que as planilhas apresentadas pelo impugnante, contendo a relação de notas fiscais não apresentadas referentes aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, anexadas pelo impugnante às fls. 249 a 252, não foram arroladas na autuação.

Consigno, ainda, que não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa. A descrição das infrações permite, claramente, identificar do que

está sendo acusado o contribuinte, inocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Quanto ao pedido de diligência, considero desnecessária sua realização, haja vista que os elementos de provas existentes nos autos são suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide. Ademais, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência, a fim de que o autuado se manifestasse sobre a informação fiscal prestada pela autuante, contudo, este silenciou.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade argüidas pelo impugnante.

No mérito, no que diz respeito à infração 01 - *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado* -, verifico que não procede a alegação defensiva de que o ICMS relativo à antecipação parcial referente aos exercícios de 2007, 2008 e 2009, exigido no Auto de Infração em lide, fora recolhido na integra e que não houve recolhimento a menos, pelo fato de somente recolher imposto com DAE com código de receita 2183, haja vista que os DAEs acostados aos autos às fls. 266 a 322, comprovam que houve o recolhimento de apenas parte do valor devido.

Observo que a autuante acertadamente acatou o argumento defensivo referente ao recolhimento do valor de R\$ 2.443,94, constante no Demonstrativo de Antecipação Parcial à fl. 07 dos autos, conforme DAE anexado pelo impugnante à fl. 307 dos autos.

Vejo, também, que assiste razão a autuante quando contesta o argumento defensivo referente à redução de 60%, no exercício fiscalizado 2008 e 2009, haja vista que o contribuinte, na condição de empresa de pequeno porte - EPP, declarou no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS, as receitas brutas maiores que R\$ 30.000,00, no antepenúltimo mês ao de referência, bem como não recolheu no prazo estabelecido pela legislação do ICMS.

No que tange à alegação de que o IPI foi incluído indevidamente na base de cálculo do imposto exigido, constato que a apuração foi corretamente realizada pela autuante, haja vista que nos termos do art. 352-A c/c o art. 61, inciso IX, do RICMS/97, é composta do valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, significando dizer que todos os elementos que compõem o valor da mercadoria são incluídos, inclusive o IPI.

Desta forma, considerando a comprovação do recolhimento do ICMS no valor de R\$ 2.443,94, referente ao mês de julho de 2008, o imposto exigido na infração 01 passa do valor originalmente apontado no Auto de Infração de R\$ 66.562,26, para o valor de R\$ 64.118,32. Infração parcialmente subsistente.

Quanto à infração 02 - *Efetuou o recolhimento a menos do ICMS referente à antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado* -, a análise do levantamento levado efeito pela autuante, especialmente os demonstrativos e documentos acostados aos autos, permite concluir que, efetivamente, houve o recolhimento a menos do imposto devido. Observo que o confronto entre o imposto devido e o recolhido, afasta qualquer possibilidade de dúvidas quanto ao acerto da autuação. Assim sendo, considero integralmente subsistente esta infração.

Contudo, no que concerne à multa imposta nas infrações 01 e 02 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 no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, cuja redação contemplando a multa na hipótese de antecipação parcial do ICMS não recolhida, foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07.

Assim sendo, a multa referente à infração 01, fica retificada para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Também na infração 02, no período compreendido entre novembro de 2007, abril, maio, julho e agosto de 2009, a multa fica retificada para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “d” da Lei n. 7.014/96.

Porém, no que diz respeito à infração 02, a exigência fiscal além dos meses acima indicados, diz respeito ainda aos meses de agosto, setembro e outubro de 2007, sendo aplicável, no caso, a multa de 60%, entretanto, prevista no 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.

Relevante registrar que este é o entendimento deste CONSEF, conforme 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 “I”, 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<sup>o</sup> 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”, “I” 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 vislumbo 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", "I" DA LEI Nº 7.014/96, INDICADA ORIGINALMENTE NO AUTO DE INFRAÇÃO NAS INFRAÇÕES 01 E 02, FICA RETIFICADA DE OFÍCIO PARA 60%, CONFORME PREVISTO NO ART. 42, II, "D" E "F" DA LEI Nº 7.014/96.

NO QUE CONCERNE À INFRAÇÃO 03, VERIFICO QUE O CONTRIBUINTE FOI INTIMADO PARA APRESENTAR O LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO, CONFORME CÓPIA DA INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS À FL. 208 DOS AUTOS E PROTOCOLO DE ENTREGA DOS DOCUMENTOS (FL. 392), ANEXADO A INFORMAÇÃO FISCAL, CONTUDO, NÃO ATENDEU A INTIMAÇÃO, INCORRENDO NA IRREGULARIDADE APONTADA NESTE ITEM DA AUTUAÇÃO. INFRAÇÃO MANTIDA.

QUANTO À REDUÇÃO DA MULTA REQUERIDA PELO AUTUADO, VERIFICO QUE ESTA FICOU DEVIDAMENTE CARACTERIZADA E POR NÃO TER FICADO EVIDENCIADO QUE O COMETIMENTO DA IRREGULARIDADE NÃO IMPLICOU EM FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NÃO ACOLHO O PLEITO.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido do impugnante para que todas as intimações, notificações e publicações em Diário Oficial sejam feitas em nome do advogado signatário, cujo endereço foi especificado no inicio da peça de defesa, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

VOTO PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM OS MEMBROS DA 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL DO CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL, POR UNANIMIDADE, JULGAR **PROCEDENTE EM PARTE** O AUTO DE INFRAÇÃO Nº **210944.0014/10-8**, LAVRADO CONTRA **JAZIEL DOS SANTOS GOMES**, DEVENDO SER INTIMADO O AUTUADO PARA EFETUAR O PAGAMENTO DO IMPOSTO NO VALOR DE **R\$68.101,55**, ACRESCIDO DA MULTA DE 60%, PREVISTA NO ART. 42, INCISO II, "D" E "F" DA LEI Nº 7.014/96, E DOS ACRÉSCIMOS LEGAIS, ALÉM DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA NO VALOR DE **R\$460,00**, PREVISTA NO ART. 42, INCISO XX, DO MESMO DIPLOMA LEGAL, COM OS ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS, NA FORMA DA LEI Nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR