

**A. I. Nº** - 152089.0011/11-9  
**AUTUADO** - ELIAQUIM LAUTISSE ALMEIDA LIMA  
**AUTUANTE** - MARIA CONCEIÇÃO COSTA RODRIGUES DE MENEZES  
**ORIGEM** - INFRAZ ALAGOINHAS  
**INTERNET** - 12. 04. 2012

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF Nº 0049-01/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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, e não tendo ocorrido o pagamento do tributo na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Mediante diligência realizada pela autuante, foram excluídos da autuação os débitos referentes às operações não comprovadas no lançamento. Infração parcialmente caracterizada. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 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 entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Excluída da exigência fiscal os valores cuja comprovação da aquisição não foi anexada ao processo. Infração parcialmente procedente. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada nas Infrações 3 e 4 para a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Não acolhidas a preliminar de nulidade e a solicitação de perícia ou revisão. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/11, exige ICMS, no valor total de R\$ 65.096,64, em razão das seguintes irregularidades.

Infração 1 – Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo 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 julho a novembro de 2007, janeiro, março, abril e junho a dezembro de 2008, janeiro a abril, junho, agosto e outubro a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 43.953,30, mais multa de 50%.

Infração 2 – Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo 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 outubro de 2007, março, abril e junho de 2008 e janeiro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 899,35, mais multa de 50%.

Infração 3 – Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo 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 julho a dezembro de 2007, fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2008 e janeiro a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 19.327,59, mais multa de 50%.

Infração 4 – Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo 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 julho e outubro de 2007 e julho e setembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 916,40, mais multa de 50%.

O autuado apresentou defesa (fls. 281 a 287) e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o lançamento não foi precedido das formalidades legais previstas. Diz que a competência funcional da autuante se encontra *sub judice*, uma vez que a Lei nº 11.470/08 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Afirma que, desse modo, o Auto de Infração é nulo nos termos do art. 18, inc. I, do RPAF/99, cujo teor transcreveu.

No mérito, diz que a fiscalização deveria levantar e enquadrar as operações que, efetivamente, teria o autuado protagonizado e, assim, fazer a demonstração dos fatos, como aquisições de bens sem registro contábil de sua entrada.

Sustenta que nenhuma das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais citadas na autuação ingressou em seu estabelecimento no período fiscalizado. Frisa que não há nos autos quaisquer provas que indique a efetiva entrada de mercadoria sem o respectivo respaldo legal e formal, ou seja, notas fiscais devidamente escrituradas, apesar de as empresas emitentes dos documentos fiscais serem habituais fornecedores seus. Repete que a acusação que lhe foi feita no Auto de Infração não consubstancia a ocorrência dos fatos geradores, pois não existe prova da entrega e ingresso das mercadorias no seu estabelecimento. Diz que essas assertivas ficarão devidamente comprovadas por meio das peças que serão acostadas ao processo no momento oportuno.

Destaca que é optante pelo regime simplificado de recolhimento do ICMS, tendo, inclusive, o seu estoque sido tributado por antecipação. Diz que manutenção da autuação caracterizaria *bis in idem*, o que constitui uma flagrante ilegalidade.

Menciona que, se fosse admitida a hipótese de ter adquirido as mercadorias em tela, os valores utilizados na determinação da base de cálculo estariam equivocados, uma vez que comercializa com mercadorias isentas, não tributadas e com o imposto pago por substituição tributária. Aduz que também há mercadorias que foram devolvidas aos fornecedores.

Ao finalizar a sua peça defensiva, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, bem como requer a realização de perícia e revisão fiscal, a ser efetuada por fiscal estranho ao feito, visando demonstrar a incerteza da autuação.

A autuante presta a informação fiscal (fls. 316 a 318) e, após fazer uma síntese das peças processuais, sustenta que não há razão para a nulidade suscitada na defesa, pois recebeu competência da Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009, para constituir crédito tributário decorrente da fiscalização de

mercadorias em trânsito e de microempresas e empresas de pequeno porte optante pelo regime do Simples Nacional.

No mérito, diz que os fatos consignados no Auto de Infração foram constatados mediante notas fiscais fornecidas pelo próprio autuado (Anexo 4 – fls. 319 e 322) e obtidas por meio de circularização dos seus fornecedores (Anexo 5 – fls. 323 a 329).

Conclui que não se sustenta o pedido de nulidade porque a autuante tem competência legal para a lavratura de Auto de Infração e, no mérito, o lançamento é procedente por apresentar provas das entradas das mercadorias, conforme os canhotos de recebimentos acostados às fls. 138 a 144 e 269 a 275. Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência para o atendimento das seguintes solicitações: que fosse entregue ao autuado fotocópia dos documentos de fls. 24 a 273, 316 a 318 e 319 a 329; que, em relação às notas fiscais obtidas mediante circularização e sem o comprovante de recebimento nos autos, a autuante acostasse ao processo a comprovação das operações; que fossem excluídos da autuação os débitos referentes a operações não comprovadas; que fosse entregue ao autuado cópia do resultado da diligência; que fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

A diligência foi cumprida (fls. 347 e 348), tendo a autuante reiterado que os fatos descritos no Auto de Infração foram constatados por meio de notas fiscais fornecidas pelo próprio autuado e obtidas mediante circularização junto aos fornecedores do defendente. No que tange às notas fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte, a autuante elaborou o Anexo 4-A (fls. 349 a 353). Quanto às notas fiscais obtidas mediante circularização, a autuante afirmou que refez a apuração do imposto devido, conforme o Anexo 5-A (fls. 354 a 360). Acostou ao processo novas provas de aquisições, conforme fls. 361 a 406.

Ao finalizar a informação fiscal, a autuante sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte no valor de R\$ 50.735,36.

O autuado foi notificado acerca do resultado da diligência, recebeu cópia dos documentos citados e teve reaberto o prazo de defesa, porém não se pronunciou.

## **VOTO**

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do lançamento tributário de ofício sob o argumento de que a autuante não possuía competência para a lavratura de Auto de Infração, pois a Lei nº 11.470/08[09] tinha sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

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 exclusiva de Agente de Tributos Estaduais. Ou seja, com a efetivação do Simples Nacional no mês de julho de 2007, somente o Agente de Tributos Estaduais pode lavrar Auto de Infração que envolva contribuintes optantes pelo Simples Nacional. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, enquanto não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, não retira a Lei nº 11.470/09 do ordenamento jurídico estadual e, portanto, essa referida Lei continua em vigor, produzindo os seus efeitos normalmente. Dessa forma, ultrapasso essa preliminar suscitada na defesa.

Indefiro a solicitação de perícia e de revisão fiscal feita pelo autuado, pois a matéria em análise não depende de conhecimento específico de técnico, bem como os elementos já trazidos aos autos são suficientes para o deslinde das questões. Ressalto que esta 1ª JF, quando considerou necessário, converteu o processo em diligência, a qual trouxe aos autos os subsídios necessários à formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, o autuado nega o cometimento das infrações que lhe foram imputadas. Sustenta que não realizou as operações em tela e que, portanto, as mercadorias consignadas nas notas fiscais não entraram em seu estabelecimento. Diz que comercializa com mercadorias isentas, não tributadas e com o imposto pago por substituição tributária. Frisa que é optante pelo regime do Simples Nacional. Afirma que efetuou devoluções que não foram consideradas pela autuante.

Quanto à negativa do autuado acerca da aquisição das mercadorias consignadas nas notas fiscais, saliento que uma parte das notas fiscais se refere à primeira via dos documentos e foi entregue à fiscalização pelo próprio autuado. No que tange a essas primeiras vias das notas fiscais, não há como se acolher o argumento defensivo. Outra parte dos documentos fiscais trata-se de terceiras vias de notas fiscais, as quais foram coletadas no CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) quando transitavam por postos fiscais deste Estado com destino ao estabelecimento do autuado. Em relação a essas notas coletadas no CFAMT, a alegação defensiva também não procede, pois as notas fiscais constituem provas materiais das aquisições.

As demais notas fiscais relacionadas na autuação são referentes à segunda via de documentos fiscais obtidas dos fornecedores do autuado, mediante circularização. Em relação a essas notas fiscais, a autuante teve o cuidado de acostar ao processo os canhotos de recebimento das mercadorias assinados por prepostos do autuado, com carimbos da empresa (fls. 138 a 144 e 269 a 275). Esses canhotos de recebimento corroboram o consignado nas notas fiscais obtidas mediante a circularização. Por considerar que, para algumas das operações, não havia o correspondente canhoto, o processo foi convertido em diligência, para que a autuante acostasse aos autos a comprovação da aquisição ou excluísse da autuação as operações não comprovadas. Em atendimento à diligência, a autuante acostou ao processo novas comprovações das aquisições (fls. 361 a 406), excluiu da autuação as operações não comprovadas e elaborou novos demonstrativos com os valores remanescentes (fls. 349 a 353 e 354 a 360). O autuado recebeu cópia desses novos elementos, porém não se pronunciou. Desse modo, quanto às operações remanescentes discriminadas nos novos demonstrativos, as aquisições e a correspondente entrada das mercadorias no estabelecimento do autuado estão devidamente comprovadas.

O autuado alega que comercializa com mercadorias isentas, não tributadas e com o imposto pago por substituição tributária. Esse argumento defensivo não elide as infrações, pois os valores exigidos nas Infrações 1 e 2 são referentes ao ICMS devido por substituição tributária, sendo que todas as operações relacionadas nessas duas infrações são referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Por sua vez as Infrações 3 e 4 cuidam da falta de recolhimento e do recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial e, de forma acertada, a autuante não incluiu nesses itens do lançamento operações referentes a mercadorias tributadas por substituição tributária e nem a mercadorias isentas ou não tributadas. Não houve, portanto, o alegado *bis in idem*.

Assevera o autuado que está enquadrado no regime do Simples Nacional e, portanto, não procede a autuação. Não assiste razão ao autuado, pois, nos termos do art. 386 do RICMS-BA, as empresas enquadradas no regime do Simples Nacional estão obrigadas ao pagamento do ICMS devido por substituição tributária, bem como da antecipação parcial.

Sustenta o defendente que efetuou devolução de mercadorias, bem como diz que apresentará elementos probantes que comprovarão que as mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento. Esses argumentos defensivos não elidem a autuação, pois o defendente, até o presente momento, não trouxe ao processo qualquer prova que amparasse o que foi alegado. Nos termos do art. 143 do RPAF/99, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não tendo ocorrido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar, nos termos do art. 371 do RICMS-BA.

Após as correções efetuadas pela autuante no atendimento da diligência, quando foram excluídas as operações para as quais não havia comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento do

autuado, a Infração 1 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 35.523,28, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

Data Ocorr.	Valor	Data Ocorr.	Valor
31/07/2007	1.931,49	31/10/2008	0,00
31/08/2007	4.005,78	30/11/2008	2.617,76
30/09/2007	0,00	31/12/2008	1.040,63
31/10/2007	1.989,76	31/01/2009	3.391,07
30/11/2007	948,38	28/02/2009	4.095,54
31/01/2008	2.135,83	31/03/2009	1.252,19
31/03/2008	1.743,11	30/04/2009	1.531,20
30/04/2008	0,00	30/06/2009	2.242,60
30/06/2008	1.043,91	31/08/2009	1.559,53
31/07/2008	1.191,62	31/10/2009	1.148,40
31/08/2008	0,00	30/11/2009	0,00
30/09/2008	1.654,48	31/12/2009	0,00

A Infração 2 subsiste integralmente, uma vez que as alegações defensivas não se mostraram capazes de elidir a acusação.

As Infrações 3 e 4 tratam da falta de recolhimento e do recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização.

Nos termos do art. 12-A da Lei 7.014/96, 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 interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária.

Após as retificações efetuadas pela autuante no atendimento da diligência, que excluiu da autuação as operações para as quais não havia comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento do autuado, a Infração 3 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 13.396,33, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

Data Ocorr	Valor	Data Ocorr	Valor
31/07/2007	1.826,41	30/11/2008	283,73
31/08/2007	1.951,94	31/12/2008	27,00
30/09/2007	845,55	31/01/2009	533,51
31/10/2007	0,00	28/02/2009	185,44
30/11/2007	589,35	31/03/2009	125,32
31/12/2007	80,66	30/04/2009	447,42
28/02/2008	63,47	31/05/2009	1.852,53
31/03/2008	482,00	30/06/2009	0,00
30/04/2008	182,66	31/07/2009	0,00
31/05/2008	204,42	31/08/2009	1.214,14
30/06/2008	0,00	30/09/2009	395,11
31/08/2008	588,42	31/10/2009	38,45
30/09/2008	344,55	30/11/2009	103,54
31/10/2008	1.030,71	31/12/2009	0,00

A Infração 4 subsiste integralmente, uma vez que os argumentos defensivos não se mostraram capazes de modificar os valores exigidos nesse item do lançamento.

Observo que a multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, indicada nas Infrações 3 e 4, as quais tratam da falta de recolhimento e de recolhimento a menos de ICMS devido por

antecipação parcial merece retificação. Para os fatos geradores ocorridos até 27/11/2007, a multa correta é a prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%. Com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, a multa para a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial passou a ser a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, também no percentual de 60%. Dessa forma, a multa indicada para as Infrações 3 e 4 fica retificada para 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 27/11/07, e no art. 42, II, “d”, da mesma Lei, para os fatos geradores ocorridos a partir de 28/11/07.

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 **152089.0011/11-9**, lavrado contra **ELIAQUIM LAUTISSE ALMEIDA LIMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.735,36**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 36.422,63 e de 60% sobre R\$ 14.312,73, previstas no art. 42, I, “b”, “1”, e II, “d”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR