

**PROCESSO** - A. I. N° 232255.0025/12-0  
**RECORRENTE** - DANIELE SANTOS MAGALHÃES  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3<sup>a</sup> JJF – 0164-03/13  
**ORIGEM** - INFAC VAREJO  
**INTERNET** - 04.12.2013

### 3<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0447-13/13

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES FEDERATIVAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. De acordo com o art.12-A, da Lei n° 7.014/96, independente do regime de apuração, é devido o pagamento, 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 de substituição tributária. Infrações subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 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 sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infração subsistente. Não acatada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário à Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 20/06/2012, exigindo R\$26.011,35 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do ICMS relativo à 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 mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril, maio, novembro e dezembro de 2009 e maio de 2010. Valor do débito: R\$434,79, acrescido das multas de 50% e 60%;

INFRAÇÃO 2: Recolhimento a menos do ICMS 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 mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março a junho, setembro e outubro de 2008, março, julho a outubro de 2009, fevereiro a abril, junho a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$8.389,80, acrescido das multas de 50% e 60%;

INFRAÇÃO 3: Recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição 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 mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a junho e setembro de 2008,

fevereiro a abril, e junho a dezembro de 2009 e janeiro a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$17.186,76, acrescido das multas de 50% e 60%;

A defesa apresenta impugnação, fls. 409 a 418, inicialmente suscitando preliminar de nulidade por ilegitimidade de ofício da Agente de Tributo autuante, pois que de acordo com art. 1º da Lei 11.470/2009 não possuía competência legal para constituir crédito tributário oriundo de fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2008 e parte de 2009.

Alega que a falta de apresentação das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, impossibilitou a verificação de sua correspondência com as operações praticadas por seu estabelecimento, e que a falta de anexação dos documentos fiscais e da descrição das mercadorias nos impossibilitam comprovar se são objeto de substituição tributária (antecipação total ou parcial) ou se destinadas ao ativo imobilizado ou uso e consumo, e com isso, coloca a pretensão tributária no campo das presunções não autorizadas e inimputáveis as infrações apontadas por não reunirem elementos comprobatórios do seu efetivo cometimento.

Presente aos autos, o i. Relator da 3ª. JJF refuta a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, e assim se manifesta em seu relatório:

*“sob o fundamento de ilegitimidade de ofício da Agente de Tributo - ATE autuante para constituir o crédito fiscal exigido nos exercícios de 2008 e parte de 2009 em virtude da Lei 11.470/2009 ter entrado em vigor a partir de 1º de julho de 2009. Não há como prosperar a pretensão do autuado, uma vez que inexiste falta de competência para a autuante lavrar o Auto de Infração, eis que o §3º do art. 107 de Lei nº 3.956/81 (COTEB) alterado pela Lei nº 11.470/09 concedeu atribuição ao ATE para constituição de crédito tributário a partir de 1º de julho de 2009, decorrente da fiscalização em estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, situação do autuado desde 07/07/2007, portanto, como o Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2012, resta patente que a autuante encontrava-se investida das prerrogativas legais exigidas para a sua lavratura. E tendo sido essa condição plenamente atendida no caso em exame considero ultrapassada essa preliminar de nulidade.”*

*Quanto à alegação defensiva de que ocorreria cerceamento de defesa, pelo fato de não terem sido fornecidas ao impugnante as cópias e a consequente discriminação das mercadorias arroladas nos levantamentos fiscais que apuraram as irregularidades nos três itens da autuação, saliento que esse óbice foi superado mediante diligência determinada para esse fim, fl. 452, e atendida pela autuante, fl. 456 a 514, que entregou cópias de todas as notas fiscais ao sujeito passivo e reabriu o prazo de defesa de trinta dias, fl. 517. Logo, resta também removida essa lacuna, propiciando, portanto o exercício da ampla defesa pelo impugnante.*

*No que diz respeito ao mérito, as infrações 01 e 02 tratam, respectivamente, da falta de recolhimento, e do recolhimento a menos do ICMS 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 mercadorias provenientes de fora do Estado, e a infração 03 cuida do recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição referente às mercadorias provenientes de fora do Estado, consoante demonstrativos e cópias das notas fiscais colacionados às fls. 17 a 405.*

*O sujeito passivo, em sede defesa, além da falta de entrega das cópias das notas fiscais com a discriminação das mercadorias já abordada no enfrentamento das preliminares de nulidade suscitadas, também aduziu que no levantamento fiscal não foram considerados os recolhimentos por ele realizados no período fiscalizado. Alegação essa que não corresponde a realidade, tendo em vista os demonstrativos de apuração colacionados às fls. 17 a 21, 28 a 48 e 154 a 181, e entregue ao autuado, fl. 16, consta claramente a indicação dos valores recolhidos, bem como, ao prestar informação fiscal, a autuante apresenta tabela, fls. 438 e 439, explicitando mensalmente e por código de receita todos os recolhimentos efetuados pelo impugnante e considerados na apuração do débito.*

*Alegou também o autuado não constar dos demonstrativos de apuração a discriminação das mercadorias, insinuando, inclusive a possibilidade de existir, arroladas no levantamento fiscal, mercadorias adquiridas para o ativo permanente e uso ou consumo do estabelecimento. Apesar de plausível a alegação, constato que, com a entrega de todas as cópias das notas fiscais ao sujeito passivo, fls. 509, fica descartada essa possibilidade, haja vista que ao compulsar as referidas notas fiscais constato que todas elas referem-se a aquisições de mercadorias destinadas a comercialização, constando inclusive nos demonstrativos a indicação do CFOP de cada uma delas. Ademais, verifico também que, como o impugnante comercializa artigos de vestuário, calçados e acessórios, e somente o item calçados está sujeito a antecipação tributária, resta sobremaneira facilitada a identificação das mercadorias através das notas fiscais e dos demonstrativos elaborados pela fiscalização que apresentam apuração em separado - Antecipação Parcial e Antecipação Total.*

*Ao compulsar os demonstrativos de apuração juntamente com as cópias das notas fiscais colacionadas aos autos, constato que não procede a alegação de que não fora observado pela autuante o desconto de 60% nas aquisições interestaduais junto a estabelecimento industriais, previsto no art. 273 do RICMS-BA/97 e de 20% estatuído no art. 274 do regulamento, tendo em vista que foram, efetivamente, considerados pela autuante todos esses benefícios na apuração do débito nos três itens da autuação, levando em conta a situação do autuado ao longo do período de apuração. Convém salientar que os aludidos descontos somente podem ser utilizados nos casos em que o pagamento do imposto é efetuado no prazo regulamentar, por isso, no levantamento fiscal não foi considerado o benefício nos pagamentos extemporâneos.*

*Depois de examinar a tabela analítica elaborada pela autuante, fls. 443 e 444, verifico que não procede a alegação defensiva de que no levantamento fiscal que apurou o recolhimento a menos da antecipação total não concedeu o crédito presumido, eis que, consoante previsão expressa do art. 96, inciso XXIX, do RICMS-BA/97, foram concedidos nas operações de aquisição junto a empresas optantes pelo Simples Nacional, o crédito presumido de acordo com o percentual vigente ao longo do período fiscalizado.*

*No que diz respeito à falta de dedução dos valores apurados no Auto de Infração os recolhimentos decorrentes de Notificações Fiscais lavradas no trânsito alegada pelo impugnante, constato que de acordo com as informações disponibilizadas no INC nenhum dos PAFs indicados na defesa correspondem ao período objeto da presente acusação fiscal, já que foram fiscalizados os exercícios de 2008 a 2010 e as referidas notificações tratam de fatos geradores ocorridos em 2007, 2011 e 2012, [PAF nº 1146540020109 - fatos geradores do ICMS ocorridos em 2007; PAFs nº 9124157810111 e nº 9232267313110 - fatos geradores do ICMS ocorridos em 2011; e PAFs nº 152093005120, 2104000234125, 2113130116121, 2322660052122 e 2325910010124 - fatos geradores do ICMS ocorridos em 2012].*

*Logo, nos termos acima explicitados e de acordo com os demonstrativos de apuração e de débito colacionados às fls. 17 a 21 - infração 01, fls. 28 a 48 - infração 02 e fls. 154 a 181 - infração 03, resta inequivocamente evidenciado nos autos a subsistência dos três itens da acusação fiscal.*

*Entretanto, no que concerne a multa sugerida na autuação para os três itens do Auto de Infração, no percentual de 50%, prevista no inciso I, alínea "b", item 1 do art. 42 da Lei nº 7.014/96 cabe fazer um reparo, haja vista que no caso em tela é aplicável a multa de 60% prevista na alínea "d" do inciso II do mesmo artigo e Lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07.*

Face ao exposto, julga pela Procedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário trazido pelo recorrente, nas preliminares aponta para a nulidade do ato infracional, por não conter todas as notas fiscais colacionadas, indispensáveis para configurar a infração acusada.

Enumera e relaciona pontos a serem observados no lançamento fiscal, para que não haja impedimento à ampla defesa e ao contraditório. Afirma que o ICMS cobrado já foi recolhido, o que inquia de ilegitimidade e incerteza o lançamento de ofício.

Alude ao art. 142 do CTN e as atribuições contidas para fins de lavratura de autos de infrações, salientando que a ausência das citadas notas fiscais nulifica a sujeição passiva pretendida por flagrante cerceamento à defesa. Nesse sentido cita o Ac. Nº 101-79.775/90 da Revista de Estudos Tributários, SP, 2º sem/1999. Outra falha apontada, diz respeito ao não acatamento à lei por as notificações não descreverem a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para os cálculos das multas advindas, acarretando novo limite ao direito de defesa.

O recorrente manifesta-se por estranhar que em momento algum foi deferido ou comunicado, por parte da Sefaz, resposta à consulta/comunicado efetuado quanto ao extravio de sua documentação fiscal tendo requerido a realização de pesquisa nos sistemas internos de pagamentos de tributos do fisco. Alega também para este fato, nítido cerceamento de defesa, e mais, que a recusa de uma parte em comprovar fato controverso com provas que disponha, importa presunção de veracidade da parte contrária.

Postula por novo levantamento, por fiscal estranho ao feito, eis que o efetuado pela própria agente fiscal contraria o princípio da busca da verdade, matéria do PAF.

Em não acatando as preliminares de nulidade apresentadas, requer realização de novas diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, poupando o detimento de seus direitos em benefício do locupletamento do Estado.

Adentrando ao mérito, pontua as razões de defesa apresentadas e não apreciadas pela instância primeira, tais que;

- a) Illegitimidade do preposto do fisco, na constituição de créditos anteriores a 01/07/2009;
- b) Não atendimento à realização de nova diligência por fiscal estranho aos feitos, contrariando norma do § 2º do art. 7º do RPAF/99;
- c) Conforme RICMS/2012, a antecipação parcial é o diferencial da alíquota interna menos a interestadual, gerando crédito a ser considerado, o da origem do contribuinte, não aquele constante do documento fiscal emitido pelo contribuinte, ou seja, diz não importar a taxa de tributação a que esteja submetido o remetente, pois o crédito a ser utilizado é aquele resultante da aplicação da alíquota do estado de origem das mercadorias;
- d) Não foi observado o art. 386 do RICMS/BA que estabelece o crédito integral aos contribuintes na mesma faixa de tributação do recorrente, na aquisição de mercadorias de outros Estados, limitada a alíquota vigente no Estado do remetente;
- e) Não foi considerado o abatimento de 60% do imposto, nas aquisições de indústrias, conforme art. 273 do mencionado Regulamento.

Alega que esses questionamentos geraram valores indevidos nos levantamentos das notas fiscais, não observando o agente autuante que o recorrente já havia recolhido por TFDs, na época em que se exigia o ICMS sem aposição de multa, espontâneo, somente passando a valer esta modalidade a partir do Decreto 12.534 de 23/12/2010.

Cita o recorrente, o art. 151 inciso III do CTN quanto à exigibilidade do crédito tributário, entendendo que suspenso em face de interposição da presente defesa as multas também deverão permanecer com suas exigibilidades suspensas e vedada sua inscrição em dívida ativa.

Comenta o recorrente ter recolhido o ICMS relativo a todas as aquisições constantes do Auto de Infração em comento, na forma da Portaria nº 249/2004, restando o ônus da prova em sua defesa, pois o fisco detém em seus sistemas os informes de todos os pagamentos efetuados.

Alude em relação ao confisco, citando a CF/88 art. 150, IV. Menciona que a multa acrescida dos valores principais da obrigação sofreu a incidência de juros de mora, gerando uma capitalização indevida e onerosidade ilícita.

Afirma inexistir liame entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo a ausência deste liame ser declarada judicialmente. Diz fácil verificar-se a onerosidade do débito após rápida apreciação das planilhas anexadas, nas quais o tributo foi corrigido pelos índices preconizados em lei, somando-se o total corrigido os juros, multas, cascata financeira. O sistema tributário não pode penalizar o contribuinte por tal, e a vedação existente é “erga omnes”, não podendo o Estado utilizar da sua posição privilegiada para obter vantagens ilícitas.

Apresenta o recorrente breve referência à CF/88, art. 1º, citando o descabimento de elevadas taxas de multas e de juros, e finalizando o texto, indica que o Auto de Infração em tela deva seguir para o arquivo administrativo da Sefaz. Ao *contrario senso*, então, elaborar nova planilha, expurgando, os valores recolhidos tempestivamente pela empresa, a capitalização e redução de multas e os juros incidentes sobre o principal, nivellando aos preconizados em lei.

Em seu pedido requer seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração, com reforma da Decisão emanada da 3ª. JJF.

Se assim não entendido, seja o feito convertido em diligência para apurar informações dos valores autuados prestadas pelo i. Agente de Tributos, nos meses relacionados; seja adentrado no mérito do presente recurso, procedendo ao recálculo do real valor devido, expurgando a capitalização e demais acréscimos indevidos, face aos pagamentos que foram realizados ao amparo da Portaria 294/2004.

O opinativo da PGE/PROFIS restou dispensado, de conformidade ao art. 136, III, “b” 3 do RPAF/99.

## VOTO

Os presentes autos foram compostos por planilhas, informes, documentário fiscal, e foram objetos de diligência para apuração de divergências, as quais restaram sanadas com devolução do prazo ao recorrente, bem assim o fornecimento de cópias das notas fiscais oriundas do CFAMT. Compulsando estes autos, vejo os mesmos não suscitarem dúvida qualquer e prestarem-se ao completo juízo do Julgador.

Na irresignação apresentada na defesa inicial, o recorrente destaca a ilegitimidade de ofício da Agente de Tributos - ATE autuante para constituir o crédito fiscal exigido nos exercícios de 2008 e parte de 2009 haja vista a Lei 11.470/2009 ter entrado em vigor a partir de 1º de julho de 2009.

Descabe a pretensão do autuado, por inexistir falta de competência para a autuante lavrar o Auto de Infração, eis que o §3º do art. 107 de Lei nº 3.956/81 (COTEB) alterado pela Lei nº 11.470/09 atribuiu ao ATE direito para constituição de crédito tributário a partir de 1º de julho de 2009, nas fiscalizações de microempresas e empresas de pequeno porte, e optantes pelo Simples Nacional, situação em que se enquadrava o autuado desde 07/07/2007. Considerando a lavratura do Auto de Infração em 20/06/2012, ficou patente que a autuante atendia a todas as prerrogativas legais exigidas para executar em toda plenitude as suas funções. De acordo com a Decisão, também considero ultrapassada essa preliminar de nulidade.

A realização de diligência pela agente autuante às fls. 452 e 456 a 514 oportunizou a análise ao recorrente, mediante entrega de cópias de todas as notas fiscais e reabertura do prazo de defesa de trinta dias, fl. 517. A partir da discriminação das mercadorias arroladas nos levantamentos fiscais que apuraram as irregularidades apontadas nos três itens da autuação, restou também removido esse óbice, propiciando, portanto o exercício da ampla defesa e do contraditório.

A infração 01 trata da falta de recolhimento, e a infração 02 do recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, e a infração 03 do recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição, 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 mercadorias provenientes de fora do Estado, consoante demonstrativos e cópias das notas fiscais colacionados às fls. 17 a 405.

O recorrente também aduziu que no levantamento fiscal não foram considerados os recolhimentos por ele realizados no período fiscalizado.

Não vejo proceder essa alegação, tendo em vista nos demonstrativos de apuração colacionados às fls. 17 a 21, 28 a 48 e 154 a 181, e entregues ao autuado, fl. 16, constar a indicação dos valores recolhidos, bem como na informação fiscal é apresentada tabela, fls. 438 e 439, explicitando mensalmente e por código de receita todos os recolhimentos abatidos do débito apurado.

Outra alegação, plausível porém não resistente, consistiu na apresentação de dúvidas por constarem do levantamento fiscal, mercadorias adquiridas para o ativo permanente e uso ou consumo do estabelecimento, as quais não ensejariam a obrigatoriedade de antecipações. Constatou que, com a entrega de todas as cópias das notas fiscais ao recorrente (fls. 509), dirimiu-se essa possibilidade, e todas as referidas notas fiscais tratam de mercadorias destinadas a comercialização, contendo os demonstrativos a indicação do CFOP de cada uma delas.

Dentro da atividade do recorrente, somente o item calçados submete-se à antecipação tributária, facilitando a identificação das mercadorias através das notas fiscais e dos demonstrativos que foram elaborados apresentando em separado a apuração dos valores das antecipações – Parcial e Total.

O desconto condicional de 60% nas aquisições interestaduais junto a estabelecimento industriais, previsto no art. 273 do RICMS-BA/97 e de 20% estatuído no art. 274 do regulamento, foi efetivamente, considerado pela autuante na apuração do débito nos três itens da autuação,

levando em conta a situação do recorrente durante o período de apuração. Entretanto cabe destacar que os aludidos descontos somente podem ser utilizados nas situações de enquadramento de microempresa, e em condições em que o pagamento do imposto é efetuado no prazo regulamentar, não cabendo o benefício nos pagamentos extemporâneos.

Às fls. 443 e 444, demonstrativo analítico elaborado pela agente autuante, revela que, consoante previsão expressa do art. 96, inciso XXIX, do RICMS-BA/97, foram concedidos nas operações de aquisições junto a empresas optantes pelo Simples Nacional, o crédito presumido de acordo com o percentual vigente ao longo do período fiscalizado, descabendo a menção contrária do recorrente.

Outro ponto a merecer destaque é o aduzido pelo recorrente quanto à falta de dedução dos valores apurados no Auto de Infração, dos recolhimentos decorrentes de Notificações Fiscais lavradas no trânsito. Verifica-se, de acordo com informes do INC, que nenhum dos PAFs indicados na defesa comprehende o período objeto da presente acusação fiscal, já que foram fiscalizados os exercícios de 2008 a 2010 e as referidas notificações tratam de fatos geradores ocorridos em 2007, 2011 e 2012, [PAF nº 1146540020109 - fatos geradores do ICMS ocorridos em 2007; PAFs nº 9124157810111 e nº 9232267313110 - fatos geradores do ICMS ocorridos em 2011; e PAFs nº 152093005120, 2104000234125, 2113130116121, 2322660052122 e 2325910010124 - fatos geradores do ICMS ocorridos em 2012].

Esgotadas as questões colocadas em grau de recurso voluntário, e de conformidade às planilhas de apurações e débitos (fls. 17 a 21, infração 1, fls. 28 a 48, infração 2 e fls. 154 a 181, infração 3) revelam-se as subsistências das três infrações em comento.

Finalmente, retifico a multa aplicada pela Junta de Julgamento em relação à infração 03, (no período de fevereiro de 2008 a fevereiro de 2010) retornando ao percentual de 50% constante originalmente no Auto de Infração, por se tratar de antecipação tributária total

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232255.0025/12-0, lavrado contra **DANIELE SANTOS MAGALHÃES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.011,35**, acrescido das multas de 50% sobre R\$11.226,71 e de 60% sobre R\$14.784,64, prevista nos incisos I, “b”, 1 e II, alínea “d” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR DA PGE/PROFIS