

**A. I. Nº** - 232255.0025/12-0  
**AUTUADO** - DANIELE SANTOS MAGALHÃES  
**AUTUANTE** - EDLENA CASTRO FAHEL DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 23/072013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0164-03/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES FEDRATIVAS PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. De acordo com o art.12-A, da Lei nº 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. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa de 50%, baseada equivocadamente no inciso I, alínea “b”, item 1 da Lei nº 7.014/96, indicada no Auto de Infração para 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da mesma lei, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Não acatada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/06/2012, refere-se à exigência de R\$26.011,35 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 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 02: 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 03: 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%;

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 419, apresenta impugnação, fls. 409 a 418, refutando a acusação fiscal nos termos a seguir sumariados.

Inicialmente, suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade de ofício da Agente de Tributo autuante, sob o fundamento de 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.

Depois de discorrer acerca de cada uma das infrações, afirma que a falta de apresentação das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal lhe impossibilitou a verificação de sua correspondência com as operações praticadas por seu estabelecimento.

Sustenta que a falta de anexação dos documentos fiscais e da descrição das mercadorias dos não permite a comprovação se são objeto de substituição tributária (antecipação total ou parcial) ou se destinadas ao ativo imobilizado ou uso ou 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.

Protesta pela inversão do ônus da prova, pois, as notas fiscais que instruem o procedimento fiscal, não lhes foram entregues para conhecimento em qualquer fase do procedimento fiscal, limitando-se a declaração de que foram obtidas através do sistema CFAMT ou Sintegra, conforme descrito na peça original.

A falta de comprovação, nesse sentido, configura flagrante cerceamento ao direito constitucional do amplo contraditório, uma vez que limita a faculdade do contribuinte de conhecer as provas produzidas contra ele.

O simples ato de descrever as notas fiscais colhidas, sem a competente cópia autenticada, serve apenas de elemento indiciário, precisando estar complementada pelo efetivo comprovante de recebimento, no sentido de, só assim, ser possível determinar que a operação se completou em toda plenitude, isto é, que todas as exigências para a materialização do fato gerador ocorreram.

Frisa que o levantamento fiscal deixa parecer que não houve recolhimento algum em relação ao ICMS (quer seja o parcial ou por substituição por antecipação total). No entanto, sustenta que deveria ter sido feita uma conferência junto ao histórico da arrecadação do contribuinte, constante nos próprios arquivos da Secretaria da Fazenda, para verificar se houve ou não o recolhimento do tributo pago e anexado ao Auto de Infração como prova insofismável da infração cometida - e tal ausência, no seu entendimento, configura flagrante desrespeito a um dos princípios basilares que norteiam o Processo Administrativo Fiscal que é o da incessante busca pela verdade material.

Diz não constar nos anexos apresentados o lançamento das mercadorias indicadas pela autuante, que deveria, no mínimo, ter instruído a peça acusatória com um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, informando, apenas, os valores colhidos nos sistemas CFAMT e Sintegra como está indicado na descrição dos fatos sem especificar os documentos fiscais que deram origem ao montante apurado, que, em absoluto, inexistente, cabendo à acusação apenas o campo da presunção não autorizada, vez que não prevista no parágrafo terceiro do art. 2º do RICMS-BA/99.

Destaca que não houve recolhimento a menos, pois a autuante ao efetuar o seu levantamento esqueceu-se de verificar que no recolhimento antecipado do ICMS pelas microempresas existe um desconto previsto pela legislação - a norma insculpada no art. 273 do RICMS-BA/99 determina um

desconto de 60% nas aquisições interestaduais realizadas pelas microempresas junto a estabelecimento industriais e de 20% nas demais aquisições, conforme determina o art. 274 do mesmo diploma regulamentar.

Afirma que a autuante se equivocou quando dos lançamentos elaborados, pois, basta uma rápida visita ao próprio site da Sefaz e fazer uma simulação com uma compra efetuada por uma microempresa, em uma indústria localizada fora do Estado e constatar que o próprio sistema fazendário concede o desconto legal.

Esclarece que compareceu na SEFAZ e lhe fora entregue um informativo denominado “ORIENTAÇÃO AO CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO”, fls. 432 e 433, fornecido pela Inspetoria de Fiscalização em Mercadoria em Trânsito, no sentido de informar ao contribuinte como recolher o ICMS espontaneamente nessas situações.

Para provar que o levantamento é fictício, anexa às fls.429, apenas o levantamento da primeira folha do demonstrativo levado a feito pela autuante e uma simulação efetuada no sítio da SEFAZ/BA dos valores efetivamente devidos, fls. 422 a 428, no importe R\$483,07 e referente ao mês de março de 2009. Prossegue assevera que o demonstrativo denominado “Cálculo do ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL” apresentado pela autuante, fl. 429, referente, também, ao mesmo mês de março de 2009, apresenta um valor a recolher, a título de diferença, no montante de R\$29,16, em virtude de não ter sido concedido o desconto legal e isto põe por terra a pretensão intentada.

Afirma que, embora em algumas notas fiscais não tenha sido destacado o crédito fiscal, era dever do fisco reconhecer o crédito presumido para a autuada - o referido informativo de orientação da própria Sefaz declara que “o valor do ICMS será efetuado automaticamente inclusive o crédito fiscal correspondente, a depender da unidade da Federação de origem dos produtos”.

Diz que para corroborar o alegado anexa cópia do Parecer N° 04018/2009 da GETRI, fls. 430 e 431, informando o direito ao contribuinte ao crédito presumido para as microempresas e que esclarece, ainda, que a antecipação parcial é o valor resultante da diferença entre a alíquota interna e a do Estado de origem do produto.

Pondera que foram consideradas para fins de abatimento do quantum devido pelo levantamento fiscal na apuração do débito apurado, as notificações fiscais efetuadas pela fiscalização de mercadorias em trânsito de n°s: 114.654.0020-10-9, 152.093.005-12-0, 210.400.0234-12-5, 211.313.0116-12-1, 232.266.0052-12-2; 232.591.0010-12-4, 9124.157.810-11-1; 9210.313.075-10-6 e 9232.267.313-11-0.

Informa que o seu antigo contador extraviou boa parte de sua documentação fiscal e documentos de arrecadação dos seus tributos, razão pela qual deixou de anexar os mesmos à presente e, por isto, requer, sob pena de cerceamento ao direito do contraditório que seja feita uma pesquisa junto ao sistema de arrecadação da SEFAZ-BA do histórico de arrecadação do contribuinte, abatidos os valores pagos, considerando os descontos concedidos pela legislação, assim como a subtração dos valores apurados nas notificações acima relacionadas, em uma nova planilha a ser elaborada por preposto estranho ao feito.

Protesta provar tudo quanto alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive a revisão fiscal feita por fiscal estranho ao feito.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja considerado improcedente, ou proclamada a sua nulidade, por não atender aos devidos requisitos legais quanto a sua forma e preparo, de maneira a preservar o devido processo legal, e, sobretudo, por não restar plena consonância com o princípio da verdade material.

A autuante presta informação fiscal, fls. 436 a 446, alinhando as seguintes ponderações.

Inicialmente, refuta a preliminar de nulidade suscitada por ilegitimidade de ofício da autoridade administrativa para constituir o crédito reclamado nos exercícios de 2008 e parte de 2009 em virtude da Lei 11.470/2009 ter entrado em vigor a partir de 1° de julho de 2009, sustentando que não

há que se falar em ilegitimidade de ofício da autuante, pois o Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2012, ou seja, em data posterior ao início de vigência da Lei e a autuada está enquadrada no Simples Nacional desde 01/07/2007 e que a retroatividade da fiscalização não configura ilegitimidade de ofício.

Observa que as cópias das notas fiscais dos sistemas CFAMT e Sintegra que foram anexadas aos autos foram entregues ao Sr. Wilson Borgens dos Santos (CPF nº 022.261.055-73) em 11/06/12, preposto da autuada, no momento da devolução dos livros e documentos arrecadados durante a fiscalização, porém não foi emitido um termo de recebimento das mesmas na ocasião, entretanto, não houve cerceamento ao direito constitucional do amplo contraditório, pois as cópias das notas poderiam ter sido solicitadas pela autuada junto a Inspetoria Fazendária durante o prazo de defesa. Destaca que os livros e documentos fiscais devem ser mantidos pelo contribuinte por um período de cinco anos e em caso de extravio, o contribuinte é obrigado a comunicar o fato à Inspetoria Fazendária no prazo de oito dias, conforme previsto no art. 146, inciso I do RICMS-BA/97, obrigação que não foi cumprida pelo autuado.

Quanto à alegação de que não foram considerados no levantamento fiscal os recolhimentos do ICMS Antecipação Parcial e Total efetuados pela empresa e que deveria ter sido feita uma conferência junto ao histórico da arrecadação do contribuinte constante nos sistemas da SEFAZ, a autuante esclarece que os demonstrativos referente ao cálculo do ICMS Antecipação Parcial, fls. 28 a 48, e os referentes ao cálculo do ICMS Antecipação Total, fls. 154 a 181, mostram justamente o contrário, é só observar que os valores lançados no final de cada demonstrativo em “ICMS recolhido” foram abatidos dos montantes mensais devidos. Acrescenta que em relação aos demonstrativos, fls. 17 a 21, também referente ao cálculo do ICMS Antecipação Parcial, não foram abatidos nenhum valor do ICMS, pois o contribuinte não recolheu o ICMS Antecipação Parcial das notas fiscais constantes nesses demonstrativos, é só observar que não foram preenchidas as datas de pagamento dos impostos. Prossegue que embora o impugnante não tenha apresentado toda a documentação probatória dos recolhimentos dos impostos, a autuante abateu os pagamentos efetuados pela empresa constantes na arrecadação do INC sistema de Informações do Contribuinte da Sefaz relativos ao ICMS Antecipação Tributária Parcial e Total do período fiscalizado, exceto os recolhimentos dos DAE referentes a notas fiscais não exibidas ao Fisco e que não foram lançadas nos demonstrativos constantes no Auto de Infração, conforme discriminado na tabela fls. 438 e 439.

Salienta que conforme o sistema SCOMT da Sefaz, a autuada ficou descredenciada para pagamento do ICMS Antecipação Tributária Parcial e Total no período de 17/10/2007 a 19/07/2012 por omissão de pagamento do ICMS, portanto durante os exercícios fiscalizados (2008 a 2010), o autuado não tinha o direito de efetuar o recolhimento do imposto por Antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Destaca que os recolhimentos dos impostos foram efetuados com o código da receita “2183” (ICMS Antecipação de Descredenciado), que tanto pode se referir ao ICMS Antecipação Tributária Parcial como ao ICMS Antecipação Tributária Total, devendo a distinção ser feita através das mercadorias constantes nas notas indicadas no campo de “Informações Complementares” de todos os DAE.

No que diz respeito à alegação da ausência na peça acusatória de um levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, mas apenas informou os valores colhidos nos sistemas CFAMT e Sintegra sem especificar os documentos fiscais que deram origem ao montante apurado nos autos, informa que todos os demonstrativos de cálculo do ICMS Antecipação Tributária Parcial, fls. 17 a 21 e 28 a 48, e do ICMS Antecipação Tributária Total, fls. 154 a 181, contêm os números das notas fiscais apresentadas ao Fisco e das notas fiscais extraídas dos sistemas CFAMT e Sintegra, conforme pode ser verificado nas colunas “Nº NF” (número nota fiscal) de cada demonstrativo. Destaca ainda que também foram anexadas ao PAF as cópias das notas fiscais para visualização das mercadorias constantes em cada uma delas a fim de diferenciar o tratamento tributário que seria aplicado, ou seja, se seria cobrado o ICMS Antecipação Tributária Parcial ou o ICMS Antecipação Tributária Total.

Quanto à alegada falta de consideração do desconto previsto pela legislação de 60% para as microempresas nas aquisições interestaduais junto a estabelecimentos industriais, depois de explicar de forma minudente a legislação e as alterações acerca do referido desconto, esclarece que o autuado deixou de ser Microempresa em agosto/2008 passando a ser Empresa de Pequeno Porte - EPP, e demonstra que, por isso, perdeu o direito à redução de 60% nos valores apurado do ICMS Antecipação Tributária Parcial.

Assegura que todas as reduções do ICMS Antecipação Tributária Parcial prevista no art. 352-A, §§ 4º e 5º do RICMS-BA/99 foram devidamente aplicadas quando cabíveis nos demonstrativos, fls. 17 a 21 e 28 a 48, considerando que a autuada esteve na condição de Microempresa de janeiro/2008 a julho/2008 e na condição de EPP de agosto/2008 a dezembro/2010. Acrescenta ainda que o limite de 4% do ICMS Antecipação Tributária Parcial previsto no art. 352-A, §6º do RICMS-BA/97 não foi aplicado nos demonstrativos do cálculo do ICMS Antecipação Tributária Parcial constantes nos autos, pois conforme o previsto no referido dispositivo, a autuada teria que estar credenciada para pagamento do ICMS Antecipação para usufruir do limite de 4% e como já foi dito anteriormente, a autuada estava descredenciada durante os exercícios fiscalizados (2008 a 2010). Arremata observando que, com o objetivo de tornar mais claro as reduções aplicadas nos levantamentos realizados, apresenta quadro resumo das reduções legais previstas para Microempresas e EPP, fl.442, salientando que para fazer jus às reduções legais, o contribuinte tem que atender a todas as condições exigidas.

Ao cuidar da alegação de que não foi concedido o crédito presumido conforme legislação vigente nos levantamentos elaborados, afirma que previsto no art. 96, inciso XXIX do RICMS-BA/97 foram concedidos todos os créditos presumido cabível no cálculo do ICMS Antecipação Tributária Total, conforme tabela que colaciona, fls. 443 e 444. Acrescenta que em relação ao cálculo do ICMS Antecipação Tributária Parcial, os demonstrativos, fls. 17 a 21, e 34 a 48 obedecem ao disposto no art. 386, inciso VII, alínea “b” do RICMS-BA/97, que determina a cobrança da Antecipação Parcial pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual a partir de 31/12/2008. Arremata esclarecendo que essa forma de cobrança do imposto não se aplica aos demonstrativos, fls. 28 a 33, correspondentes ao exercício de 2008 (de 01/01/08 a 30/12/08), quando o ICMS Antecipação Parcial era cobrado mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, conforme o art. 352-A do RICMS-BA/97.

No que pertine a alegada falta de abatimento nos levantamentos fiscais dos valores constantes nas Notificações Fiscais lavradas pela fiscalização de mercadorias em trânsito, esclarece que de acordo com o sistema INC, as datas das ocorrências dos fatos geradores do ICMS registradas nas Notificações Fiscais relacionadas pela autuada na defesa não correspondem aos exercícios fiscalizados pela autuante que foram de 2008 a 2010, conforme discrimina: 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. Salienta que o impugnante não anexou aos autos cópias das Notificações Fiscais relacionadas na defesa.

Quanto à alegada falta de concessão dos descontos legais previstos para as microempresas no cálculo do ICMS Antecipação Tributária das sete notas fiscais constantes no demonstrativo elaborado, fl. 34, referente ao mês de março/2009, cujos DAEs o autuado colacionou às fls. 422 a 428, esclarece que as simulações efetuadas pelo autuado no sistema da SEFAZ incorreram em erros. Afirma que o impugnante simulou o cálculo do ICMS Antecipação Tributária Total, conforme códigos da receita nos DAE simulados, fls. 422 a 428, quando deveria ter sido simulado o cálculo do ICMS Antecipação Tributária Parcial, já que as mercadorias constantes nas sete notas fiscais não estão enquadradas no inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97. Acrescenta que, além disso, os cálculos do ICMS Antecipação Tributária foram simulados considerando que a autuada estava na condição de microempresa, quando na realidade o autuado encontrava-se na condição de EPP como já foi demonstrado anteriormente, portanto não tinha direito ao desconto legal de

60% para as microempresas reivindicado na defesa. Ressalta que na condição de EPP a autuada só teria direito a redução de 60% no valor do ICMS Antecipação Parcial se atendesse a três condições: adquirisse mercadorias junto a estabelecimentos industriais fora do Estado; pagasse o imposto no prazo regulamentar; e tivesse uma receita bruta no antepenúltimo mês ao de referência  $\leq 30.000,00$ . Continua informando que, conforme no sistema INC da SEFAZ, o autuado obteve uma receita de R\$38.314,35 com vendas através de cartões de crédito/débito no mês de dezembro/2008 (antepenúltimo mês), já que a simulação realizada se refere ao cálculo do ICMS Antecipação Tributária do mês de março/2009, portanto a autuada não tinha direito a redução de 60% do imposto, pois obteve uma receita superior a R\$30.000,00. Prossegue destacando que, por isso, restou ao impugnante o direito a redução de 20% no valor do ICMS Antecipação Parcial, caso pagasse o imposto no prazo regulamentar, o que ocorreu no pagamento das notas fiscais nº 498, 1720 e 4101, tendo sido concedidos os descontos de 20% como se verifica no demonstrativo elaborado, fl. 34.

Arremata esclarecendo que, como o autuado não recolheu o ICMS Antecipação Parcial das Notas Fiscais nº 4148, 490 e 499, portanto não foi concedido o desconto de 20% para essas notas, bem como não foi dado o desconto de 20% para a Nota Fiscal nº 65.337, já que o imposto foi pago fora do prazo (a autuada recolheu o imposto com acréscimos moratórios). Assevera que o impugnante só teve direito a redução de 60% nos impostos referentes às Notas Fiscais nºs 4812 e 5203, conforme demonstrativos, fls. 36 e 37, respectivamente, por ter atendido às três condições exigidas legalmente mencionadas.

Conclui querendo a procedência do Auto de Infração.

Depois de exame e análise em pauta suplementar, os membros da 3ª JJF decidiram baixar os autos em diligência, fl. 452 para que a autuante procedesse à anexação aos autos das cópias de notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que ainda não integrem o Auto de Infração e, no caso de não ser possível, efetuasse a exclusão das notas fiscais na localizadas do levantamento fiscal e elaborasse novos demonstrativos de apuração e de débito somente com as notas fiscais constantes do processo identificando as mercadorias nelas discriminadas. Em seguida foi determinado no pedido de diligência que o autuado fosse intimado para entrega da cópia do novo demonstrativo elaborado e de todas as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, reabrindo-se o prazo de defesa de trinta dias para que exercesse plenamente seu direito de defesa.

A autuante no atendimento da diligência, fls. 510 a 514, informa que, - apesar de não ter emitido termo de recebimento, já havia entregado ao Sr. Wilson Borges dos Santos, preposto do autuado, por ocasião da devolução dos livros e documentos fiscais arrecadados, em 11/06/12, as cópias de todas as notas fiscais obtidas no CFAMT, Sintegra e os espelhos das notas fiscais eletrônicas, - entregou novamente ao impugnante as cópias de todas as notas fiscais e acosta aos autos a declaração de recebimento, fl. 509. Esclarece a autuante que somente não constava dos autos as cópias das Notas Fiscais nºs 321986, 321986, 321986, 321986, e 321986, emitidas pela empresa, SAP SCUTZ ADVENTURE PRODUCTS IND. E COM. LTDA., fl. 511, que ora colaciona aos autos fls. 456 a 460, e entrega ao autuado juntamente com as demais notas fiscais, fl. 509. Informou também que não foi necessário a elaboração de novos demonstrativos, uma vez que os constantes dos autos estão corretos.

Consta à fl. 517 que o impugnante foi devidamente intimado do resultado da diligência, fls. 506 a 514, constando expressamente a reabertura do prazo de defesa.

O autuado se manifesta acerca do resultado da diligência, fl. 523, reiterando integralmente o teor de sua defesa e protestando pela falta de apresentação pela diligente de novo demonstrativo constando a discriminação das mercadorias. Observa que somente foram anexados na diligência diversos documentos fiscais sem que tenha trazido qualquer nova informação sobre o tema em questão. Diz que, para comprovar a imprecisão dos cálculos apresentados pela autuante em relação à nota Fiscal nº 321986, fl. 456, difere totalmente do cálculo efetuado pelo *site* da SEFAZ anexa, cópia de DAE e “Orientação ao Contribuinte Descredenciado” às fls. 524 a 526.

A autuante, às fls. 529 a 233, apresenta informação a respeito da manifestação do autuado sobre o resultado da diligência. Depois de relatar as circunstâncias da diligência e das ponderações apresentadas pelo impugnante enunciou os seguintes esclarecimentos.

No tocante a alegação de que não foram discriminadas as mercadorias constantes nas notas fiscais nos demonstrativos fiscais, observa que o presente Auto de Infração não se refere a um levantamento fiscal por espécie de mercadoria (Auditoria de Estoques), trata, apenas, da cobrança do ICMS Antecipação Tributária Parcial e Total. Salienta que todas as notas fiscais arroladas nos demonstrativos fiscais foram entregues para ao autuado, a fim de dirimir quaisquer dúvidas e nelas já constam as mercadorias devidamente discriminadas. Enfatiza ainda que o estabelecimento autuado comercializa artigos do vestuário e calçados, ou seja, os únicos produtos comercializados pela empresa sujeitos à Antecipação Total eram os calçados. Arremata destacando que, por isso, os demonstrativos de cálculo foram elaborados em separado para Antecipação Parcial e para Antecipação Total, conforme pode ser verificado nos demonstrativos fiscais acostados aos autos e relacionados no Índice do presente PAF, fl. 07.

Observa que o impugnante não apresentou nenhum dado novo na segunda defesa, continuou insistindo que os levantamentos fiscais elaborados pela autuante estavam errados, exemplificando, desta vez, através de um comparativo entre o cálculo do imposto efetuado pelo *site* da SEFAZ e o cálculo do imposto efetuado pela autuante, referente à Nota Fiscal de compra de calçados nº 321.986, acostada aos autos, fl. 456. Esclarece que os cálculos efetuados pelo *site* da SEFAZ dependem das informações inseridas pelo contribuinte no momento em que acessa ao sistema, ou seja, se as informações prestadas pela empresa estiverem incorretas e/ou inconsistentes, então, evidentemente, o sistema da SEFAZ calculará os valores dos impostos devidos de forma errada, daí haver a necessidade das empresas serem fiscalizadas, a fim de que o Fisco possa conferir se os impostos foram recolhidos corretamente pelos contribuintes.

Ressalta que, no exemplo apresentado pelo autuado foi alegado que o sistema da SEFAZ calculou o ICMS Antecipação Tributária Total devido pela nota fiscal nº 321.986 (calçados), fl. 456, como sendo no valor de R\$23,98 (valor principal), conforme DAE acostado à fl. 524, o valor correto devido seria de R\$95,60 (valor principal), conforme demonstrativo de cálculo elaborado pela autuante à fl. 154 e que novamente repete. Enfatiza que o impugnante, em sede de defesa, fls. 409 a 434, e na manifestação apresentada, fls. 523 a 526, demonstrou aplicar a legislação vigente referente aos cálculos da Antecipação Tributária Parcial e Total de forma equivocada.

Conclui mantendo a ação fiscal asseverando que prestou Informação Fiscal, fls. 436 a 447, de forma clara e objetiva, com riqueza de detalhes e em conformidade com a legislação vigente, entretanto o autuado não apresentou nenhum dado novo ou prova concreta de erros nos cálculos efetuados.

## VOTO

Inicialmente, refuto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, 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 inexistente 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 ocorrera 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 vistas nos 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, 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 **232255.0025/12-0**, lavrado contra **DANIELE SANTOS MAGALHÃES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$26.011,35**, acrescido da multa de 60%, no inciso II, alínea “d” ambos do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCONIO DE SOAUZA ALMEIDA - JULGADOR