

A. I. N° - 196900.1000/13-6
AUTUADO - TOPMIXX ATACADO MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA MATOS MONTALVAN ESTEVES
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 22/09/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0204-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ajustes realizados quando da informação fiscal reduziram o débito originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduziram o valor do débito. Infrações parcialmente caracterizadas. Não acatada preliminar de nulidade arguida. Rejeitado pedido de diligência ou perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2013, exige crédito tributário no valor de R\$192.089,23, em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, nos meses de janeiro, março, abril, junho a dezembro de 2010 e janeiro a março, junho a dezembro de 2011, no valor de R\$123.628,01, acrescido da multa de 60%;
2. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, como empresa optante do Simples Nacional, nos meses de junho e outubro de 2010 e outubro de 2011, no valor de R\$22.393,59 acrescido da multa de 60%;
3. efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, como empresa optante do Simples Nacional, nos meses de agosto, setembro novembro e dezembro de 2010, janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2011, no valor de R\$46.067,63 acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.116/125. Transcreve as infrações que lhe foram imputadas. Diz que a impugnação é tempestiva. Afirmo que cabe fazer algumas considerações preliminares, observações de suma importância que foram completamente alijadas do levantamento fiscal.

Informa que se trata de uma empresa optante pelo Simples Nacional, LC 123/2006, e de acordo com os arts. 273 e 274 do RICMS/BA que transcreve, é permitido ao contribuinte o benefício de redução no pagamento do tributo por antecipação parcial.

Declara que paga as parcelas referentes ao crédito tributário apurado das diferenças de tributo por antecipação, seguindo o disposto na regra que transcreveu.

Todavia, diz que no levantamento fiscal, que culminou no presente auto de infração, tal fato foi completamente desconsiderado, pois em algumas infrações, o Auditor lança novamente tais créditos, incorrendo em *bis in idem*. Além disto, afirma que o levantamento fiscal contém erros que acarretaram o lançamento a maior de impostos, bem como bitributação. Frisa que na maior parte das infrações, o levantamento foi feito em dissonância aos registros contábeis, documentação fiscal e em desrespeito ao Princípio da Legalidade. Conclui que está sendo realizada cobrança de impostos já pagos, impostos indevidos e uma pequena parte devida, a qual reconhece e providenciará de plano o pagamento.

Menciona que o ICMS é tributo previsto no art. 155, II da Constituição Federal, de competência dos Estados e Distrito Federal, que tem como fato gerador a circulação de mercadorias e serviços de transporte interestadual e de comunicação. No que toca ao fato gerador do imposto, ressalta que o que se tributa não é a mercadoria, mas a operação relativa à circulação de mercadorias, o que implica dizer que para ocorrer o fato gerador do ICMS necessariamente deverá existir em plano de fundo um negócio jurídico de compra e venda, com a transferência do domínio, posse e titularidade da coisa, ou seja, deve haver a tradição da mercadoria. Sobre a hipótese de incidência do ICMS cita ROQUE CARRAZZA. Acrescenta que o fato gerador do ICMS, adstrito por determinação constitucional apenas à circulação de mercadorias, não pode alcançar fatos geradores em mercadorias adquiridas para o uso e consumo, bem como ativo imobilizado, já que a empresa é Simples Nacional, daí que integra a base de cálculo do ICMS somente o valor da mercadoria, devendo ser excluídos os eventuais encargos acrescidos ao preço quando se tratar de operações à prazo.

Destaca também, que no levantamento fiscal, o Auditor é confuso, pois o mesmo relata na infração 01 (efetuiu recolhimento a menor), na infração 02 (deixou de efetuar recolhimento) e na infração 03 (efetuiu o recolhimento a menor) exato os mesmos tributos de iguais períodos e valores diferentes.

Conclui que o auto de infração padece de vícios de nulidade, ou, na melhor das hipóteses, acaso de cogite de diligência ou revisão do lançamento, de improcedência de diversas infrações.

Elabora levantamento feito mês a mês, dando ênfase aos meses de divergências de valores, dizendo observar que não foi creditado os recolhimentos, bem como, foi cobrado ICMS sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo, declarando reconhecer em parte a infração 01.

Aponta outras inconsistências como: (i) o valor do estorno no mês 08/2011, 10/2011 e 11/2011, se trata de produtos que foram utilizados em processamento de outros bem, ou seja, insumos, referentes a fabricação de telas, conforme documento que anexa; (ii) no mês 12/2011, foi estornado o valor de R\$2.565,18, tendo em vista que essas notas fiscais já foram incluídas em denúncia espontânea; (iii) o valor do crédito evidenciado no mês 11/2011 de R\$ 8.403,72, se trata de um AI cobrado anteriormente, sob nº. 2107651201/11-4 em nome da empresa fornecedora.

Conclui que o valor correto da infração 01, que reconhece parcialmente, é de R\$44.719,63 e não de R\$123.628,01, registrado no auto de infração, como diz que se pode verificar na documentação que anexa.

No que tange à infração 02, afirma que conforme levantamento feito mês a mês, principalmente nos meses de divergências de valores, observa que foi cobrado ICMS sobre notas fiscais que consignavam mercadorias destinadas ao ativo imobilizado, conforme planilha que elabora e reconhece em parte este item da autuação.

Aponta as divergências: (i) o valor estornado na planilha que elaborou referente ao mês 10/2010, decorre de o Fiscal calcular erroneamente tributos sobre imobilizado (veículos); (ii) o estorno no mês 11/2011, refere-se a valor duplicado pela fiscalização, informação já contida na infração 01;

Aduz que ao contrário do que alega o autuante, o valor correto da infração 02, que reconhece parcialmente, é de R\$1.339,62 e não de R\$22.393,59, conforme documentação que anexa.

No que diz respeito à infração 03, alega que conforme levantamento feito mês a mês, principalmente nos meses de divergências de valores, observa que não foram creditados os recolhimentos, bem como, foi cobrado ICMS sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo e ao ativo imobilizado da empresa. Reconhece em parte a infração 03.

Aponta as divergências que diz ter detectado, dizendo discordar dos valores lançados no levantamento fiscal pelos motivos que enumera: (i) mês 02/2011 o valor de R\$3.010,00, notas fiscais n. 3470 e 3472, mês 03/2011 o valor de R\$7.644,42 referente notas fiscais n. 8187, 7907, mês 05/2011 foi estornado o valor de R\$ 813,45 notas fiscais n. 446, 982680, mês 06/2011 o valor de R\$ 1.445,00 da nota fiscal n. 2930, mês 07/2011 o valor de R\$ 20,02 referente NF n. 118562, mês 08/2011 o valor de R\$121,09 por se tratar de NF 197069, mês 09/2011 o valor de R\$1.260,00 por se tratar de NF 12087, notas estas, que relacionam mercadorias destinadas ao ativo imobilizado; (ii) mês 04/2011 foi estornado o valor de R\$ 625,84 por se tratar de NF n. 245, 246, 797, 176129, mês 12/2011 foi estornado o valor de R\$7,71 por se tratar de NF 36401, 36441, documentos que relaciona mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento; (iii) impugna o valor de R\$2.565,18 de ICMS do mês 12/2011, tendo em vista que as notas fiscais de n.º 4962, 227500, 1203, 17701, 35, 712, 589, 3 e 108768 já foram incluídas em denúncia espontânea feita em 02/2013, conforme documento que anexa.

Finaliza afirmando que o valor correto da infração 03, é de R\$ 21.107,91 e não de R\$46.067,63, conforme se verifica na documentação que anexa, reconhecendo tal montante.

Pede que o auto de infração seja julgado parcialmente procedente, excluindo-se do levantamento os valores lançados a maior em respeito ao Princípio da Capacidade Contributiva.

O autuante prestou informação fiscal fls.187/200. Diz que relativamente às alegações de defesa interpostas pela autuada pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe, apresenta suas considerações.

Sobre a alegação de que os artigos 273 e 274 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.280/2012, lhe permite reduções, diz que a autuada cometeu equívoco, pois deveria ter mencionado o artigo 352-A do RICMS-BA, tendo em vista que o período fiscalizado corresponde a 01/01/2010 a 31/12/2011. Esclarece que o desconto previsto na legislação é para o pagamento realizado no prazo regulamentar. Transcreve o art. 125 e 352-A do RICMS/97 que determina o momento da ocorrência do fato gerador.

Esclarece que estando o contribuinte devidamente credenciado, o prazo para pagamento é até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, caso contrário, ou seja, não estando o contribuinte credenciado, o prazo para pagamento é no momento da entrada da mercadoria no território baiano. Menciona que consultado o Sistema SCOMT (ver *hard copy* e demonstrativo, anexados a Informação Fiscal), apurou que o contribuinte não estava credenciado para pagamento postergado nos períodos de 27/11/2007 a 21/06/2011. Portanto, para fazer jus à redução do ICMS da Antecipação Parcial, deveria ter pago o imposto na entrada da mercadoria no território baiano. Tendo em vista que não realizou o pagamento nesse prazo, deixou de aplicar qualquer redução.

Salienta que atendendo disposição regulamentar, deixou de lançar quaisquer valores a título de redução de ICMS, nas colunas: "I" (Código de Redução) e "J" (Redução do ICMS), dos "Demonstrativos da Antecipação Parcial 2A e 2B" (pág.45 a 47 e 51 a 70), após ter realizado a devida análise das datas dos recolhimentos efetuados. Desse modo, assevera que não têm qualquer procedência, nesse particular, as alegações do autuado.

Sobre a alegação do autuado de que as infrações 01, 02 e 03 possuem o mesmo tipo legal, mesmo período apenas com valores diferentes, afirma que de novo, o defendente equivocou-se. Aduz que o representante da autuada deixou de observar que os itens de mercadorias listados nas notas fiscais eletrônicas, tanto podem se referir a itens elencados na Antecipação Tributária Total, como a itens da Antecipação Parcial. Diz que caso o defendente tivesse atentado para isso, não

lhe teria causado surpresa a forma como foram lançados tais itens nas planilhas apensadas ao PAF: (i) no "Demonstrativo 1: Substituição Tributária - Omissão de Pagamento" (fls. 14/40) estão relacionados os itens de mercadorias sujeitas apenas a Antecipação Tributária Total, em meses onde houve algum pagamento com essa referência; (ii) no "Demonstrativo 2A: Antecipação Parcial - Omissão de Recolhimento" (fls. 45/47) estão relacionados os itens de mercadorias sujeitas apenas a Antecipação Parcial, em meses onde não houve qualquer pagamento com essa referência; (iii) e, no "Demonstrativo 2B: Antecipação Parcial - Pagamento a Menor" (fls.51/70) estão relacionados os itens de mercadorias sujeitas apenas a Antecipação Parcial, em meses onde houve algum tipo de pagamento.

Assevera não haver qualquer reparo a fazer nos demonstrativos citados, visto que traduzem uma imposição da boa técnica de apuração, além de estarem de acordo com as determinações legais. Conclui que nesse particular, a alegação da autuada não tem procedência.

Sobre os créditos e ajustes necessários ao levantamento fiscal reclamado pela impugnante, esclarece o procedimento do fisco conforme segue.

A respeito de recolhimentos de ICMS não lançados no Auto de Infração assegura que nos Demonstrativos da Antecipação Parcial e da Substituição Tributária, foram relacionadas unicamente as notas fiscais eletrônicas. Neste caso, diz que basta que se confronte as NF-e constantes nos Demonstrativos (fls.14 /40, 45/47 e 51/70) e as Relações de NF-e, constantes nos Relatórios do Sistema NFENG (pág. 95 a 110).

Sustenta que as notas fiscais não eletrônicas não foram arroladas e não fazem parte dos demonstrativos, e dessa forma, os recolhimentos referentes a tais documentos, também deixaram de ser considerados, tendo sido subtraídos da relação de recolhimentos (pág. 74/91). Diz que as citadas notas e os respectivos recolhimentos estão relacionados em demonstrativo específico, na Coluna "NF não Eletrônica" (pág.92/94).

Menciona que os pagamentos reclamados nos valores de R\$278,40 e R\$ 47,76, relativos, respectivamente, aos meses de janeiro/2010 e março/2010, constantes no demonstrativo elaborado pelo defendente referem-se às notas fiscais não eletrônicas nº 7063 e 141.226 que não foram relacionadas nos demonstrativos que deram suporte ao presente Auto de Infração (pág. 14/40, 45/47 e 51/70). Para não remanescerem dúvidas, sugere a análise dos documentos apensados a Informação Fiscal, como seguem: a) Anexo 3; b) cópias reprográficas das notas fiscais; c) cópias dos DAEs nº 1000261294 e 1000905707, campos 25 - Informações Complementares.

Conclui ter evidenciado o acerto da fiscalização em não considerar tais valores para efeito de abatimento de ICMS apurado em relação às notas fiscais eletrônicas arroladas no presente Auto de Infração. Diz que nesse particular, não procedem as alegações da autuada, devendo ser mantidos os valores originalmente apurados.

Sobre a alegada necessidade de se realizar estornos de valores do Auto de Infração, em virtude de algumas aquisições de mercadorias caracterizadas como matéria prima utilizada na fabricação de "telas especiais", portanto, sem incidência da Antecipação Parcial, nos meses de agosto/2011 (R\$ 18.598,24); outubro/2011 (R\$ 23.987,70) e novembro/2011 (R\$ 12.788,10), diz que a autuada apresenta declaração informando que os produtos adquiridos (arames farpados) "destinam-se unicamente para fins industriais na fabricação de telas especiais" e pede o estorno dos valores do imposto cobrado no Auto de Infração sobre essas notas fiscais, relativas aos meses 08/2011, 10/2011 e 11/2011.

Esclarece que em consulta ao Sistema de Cadastro (ver hard copy, anexo a Informação Fiscal) verificou que não consta referência a qualquer CNAE que indique atividade industrial realizada pela empresa autuada. Informa que em contato com representante do contribuinte, senhor Rewelton, foi informado que a intervenção levada a efeito nas bolas de arame farpado limita-se a desenrolar o arame para que tome a forma de "sanfona aberta" de modo a ser fixado sobre os muros impedindo, desse modo, o acesso de pessoas indesejadas às residências. Evidencia-se,

assim, que as mercadorias adquiridas não podem ser tratadas como matéria prima, por não ter havido processo de industrialização. Na realidade trata-se de meras mercadorias destinadas a comercialização. Portanto, nesse aspecto, não procedem as alegações da autuada, devendo ser mantidos os valores originalmente apurados.

No que tange a necessidade de se estornar valor do Auto de Infração, referente as notas fiscais que já teriam sido incluídas em denúncia espontânea relativa ao mês de dezembro/2011, no valor de R\$2.565,16 afirma que encontra-se cadastrada nos Sistemas da SEFAZ-BA, uma única denúncia de nº 6000000276130, protocolada no dia 07/02/2013. Tendo em vista a interrupção de pagamentos, essa Denúncia Espontânea foi convertida em 02 (dois) débitos declarados, um relativo à Antecipação Parcial, de nº 8000000136135 e o outro, relativo à Substituição Tributária, de nº 8000000135139 (ver *hard copy* anexado). Menciona que desse modo, os documentos apensados pela defesa (página 127) devem ser desconsiderados, por não terem sido protocolados na SEFAZ-BA.

Contudo, afirma que analisando as informações relativas à denúncia espontânea nº 6000000276130 e o respectivo débito declarado nº 8000000135139, observa que havia deixado de considerar, em relação ao mês de dezembro/2011, o valor de R\$ 454,03, para fins de abatimento de valores no presente Auto de Infração. Sustenta que não têm procedência o pedido de abatimento de R\$2.565,16, relativa ao mês de dezembro/2011, tendo em vista que não se encontra constituído o crédito fiscal reclamado pela defesa.

Conclui que do exposto, resta comprovado a necessidade de abater o valor de R\$ 454,03, relativo ao mês de dezembro/2011. Registra ter elaborado novo demonstrativo de débito que anexa a Informação Fiscal.

Quanto a necessidade de realizar estorno de valor já pago, referente a ocorrência de lançamento em Auto de Infração anterior, de nº 2107651201/11-4, lavrado em nome da empresa fornecedora, conforme documento que anexa em sua defesa (*página 183*), relativo ao mês de novembro/2011, no valor de R\$ 8.403,72, diz tratar-se Auto de Infração lavrado contra a Empresa remetente: MACCAFERRI DO BRASIL LTDA, CNPJ nº 43.876.860/0002-03, de Jundiaí - SP. Afirma que a autuada apresentou cópia do DAE nº 1104056284 e do comprovante de recolhimento do imposto, porém, não apresentou a cópia do Auto de Infração para identificação da nota fiscal eletrônica ao qual o mesmo se refere.

Frisa que fez intimação fiscal solicitando cópia do Auto de Infração, principalmente da página que relaciona as notas fiscais que motivaram a autuação. Em resposta a autuada enviou DANFE, afirmando que o mesmo, teria relação com o Auto de Infração. Tendo em vista, que não foi apresentada cópia do Auto de Infração, não há como fazer qualquer vinculação. Desse modo, desconsiderou, para efeito de abatimento, o valor de R\$ 8.403,77, lançado no Auto de Infração, conforme pedido pela defesa.

Relativamente à infração 02, a autuada solicitou o estorno do valor de R\$19.000,00, relativo ao mês de outubro/2010, tendo em vista que se trata de veículos destinados ao Ativo Imobilizado (pág.122) e estorno do valor de R\$2.053,97, relativo ao mês de novembro/2011, por ter havido duplicação de informação contida na infração 01.

Sobre tais alegações sustenta que em consulta ao demonstrativo 2A, verifica que o valor cobrado diz respeito à nota fiscal eletrônica nº 24.582 de 13/10/2010, referente ao item de mercadoria denominado LB110, correspondente a uma “retroescavadeira marca new holland modelo lb110 nova”.

Concorda que nesse quesito, a alegação do contribuinte tem procedência. Desse modo, elabora novo demonstrativo de débito, excluindo o valor do ICMS lançado no presente Auto de Infração. No que diz respeito a alegação de duplicação na cobrança do imposto, esclarece que as infrações 01 e 02 não são coincidentes, trata-se de itens de mercadorias diferentes. Desse modo, não há qualquer duplicação da informação e nesse particular, a alegação da Autuada não procede.

No que tange à infração 03, a alegação defensiva é de que não foram creditados os devidos recolhimentos, bem como, foi cobrado ICMS sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo, solicitando sejam feitos ajustes devidos.

Sobre a questão de ser indevido a cobrança da Antecipação Parcial em virtude das mercadorias serem destinadas ao uso e consumo ou ao ativo imobilizado, afirma que consultando os DANFES relacionados aos itens impugnados verifica que algumas mercadorias configuram itens não comercializados pela empresa: itens de divulgação e expositores, peças para veículos, peças hidráulicas entre outros, configurando-se como mercadorias para o ativo imobilizado ou uso e consumo. Relaciona quais seriam estas notas fiscais. Diz que em relação às mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo, por ele listadas, razão assiste ao contribuinte e o ICMS correspondente deve ser excluído do presente Auto de Infração. Elabora novo demonstrativo de débito, corrigindo o equívoco cometido.

Informa que as demais mercadorias, indicadas nas notas fiscais listadas, por serem mercadorias comercializadas pela empresa, visando dirimir dúvidas, tendo em vista não constarem nos livros Registro de Entradas a indicação de CFOPs caracterizadores da destinação das mercadorias para o ativo imobilizado, no momento da entrada, intimou a empresa para que apresentasse as notas fiscais de saída para verificar se teria havido emissão de notas fiscais destinando, a posteriori, mercadorias para o ativo imobilizado, conforme a determinação regulamentar disposta no art. 201, VI do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 que transcreve.

Frisa que as notas fiscais 245, 246 e 446 que descrevem calhas e telhas galvanizadas destinaram-se à comercialização e não ao ativo imobilizado como pretende o defendente. Afirma que as quantidades de mercadorias discriminadas nas notas fiscais eletrônicas, também, denotam a impossibilidade da destinação ao ativo imobilizado, conforme indicado pela defesa.

Ante aos fatos afirma ter deixado de considerar as alegações do defendente, em relação a estas mercadorias e manteve no novo demonstrativo os mesmos valores originalmente apurados. Diz que nesses quesitos (itens 2.5.1 a 2.5.9), as alegações do contribuinte foram consideradas parcialmente.

No que tange a alegação defensiva de que algumas notas fiscais foram relacionadas na denúncia espontânea de nº 6000000276130, afirma que analisando as informações relativas à citada denúncia e o respectivo débito declarado nº 8000000135135, observa que deixou de considerar, para fins de abatimento, em relação ao mês de dezembro/2011, o valor de R\$ 4.053,30, no presente Auto de Infração. Desse modo, diz ficar evidente que o pedido da defesa de abatimento de R\$ 2.565,18, relativa ao mês de dezembro/2011, foi feito a menor do que de fato têm direito o contribuinte. Diante de tais fatos, refez o Demonstrativo de Débito, à luz dos novos elementos colhidos, concedendo o abatimento de R\$ 4.053,30.

Conclui afirmando que tendo em vista os fatos apurados, visando contemplar as alegações do contribuinte, naquilo que entendeu pertinente, elabora novo Demonstrativo de Débito tendo como resultado os seguintes ajustes:

Infração (1): 07.21.02 - Substituição Tributária - Falta de Recolhimento

Valor Histórico do Auto: R\$123.628,01

Valor Histórico Após a Informação Fiscal: R\$123.173,98

Infração (2): 07.21.03 - Antecipação Parcial - Falta de Recolhimento

Valor Histórico do Auto: R\$ 22.393,59

Valor Histórico Após a Informação Fiscal: R\$3.393,59

Infração (3): 07.21.04 - Antecipação Parcial - Recolhimento a Menor

Valor Histórico do Auto: R\$46.067,63

Valor Histórico Após a Informação Fiscal: R\$ 27.961,25

Opina que o presente Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Devidamente intimado da informação fiscal fls. 400/401, o autuado não se manifestou.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de 03 (três) infrações à legislação tributária: (1). falta de recolhimento do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação; (2). e (3). falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, respectivamente, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização.

O autuado em razões defensivas afirmou que no levantamento fiscal, o Auditor é confuso, pois o mesmo relata na infração 01 (efetuiu recolhimento a menor), na infração 02 (deixou de efetuar recolhimento) e na infração 03 (efetuiu o recolhimento a menor), exatos os mesmos tributos de iguais períodos e valores diferentes. Entende que por isso, o auto de infração padece de vícios de nulidade, ou, necessita de diligência ou revisão do lançamento fiscal.

Da análise dos elementos que instruem o PAF, vejo que não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico. Não acolho o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo. Ademais as alegações de inconsistências no que tange a notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, apontadas em sua defesa, foram analisadas pelo autuante que acolheu aquelas lastreadas em provas.

Por outro lado, existem nos autos os elementos necessários ao convencimento dos julgadores para a decisão a respeito da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência e perícia, com fulcro no art. 147, I e II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Sobre a alegação de que as três infrações que lhe foram imputadas se referem ao mesmo tipo legal, observo que o entendimento do autuado encontra-se equivocado. A infração 01 refere-se a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária em face da aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária prevista no art. 353 do RICMS/BA. As infrações 02 e 03 referem-se, respectivamente, a falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial conforme previsto no art. 352-A do citado diploma legal. Vejo, portanto, que se encontram devidamente esclarecidas através da descrição dos fatos, do enquadramento legal e dos demonstrativos elaborados pelo autuante e recebidos pelo defendente, tratar-se de diferentes irregularidades cometidas pelo autuado e apontadas pelo fiscal e tanto é assim, que o autuado aponta em sua defesa dados específicos, como número de notas fiscais, dados do emitente, a respeito de cada item da acusação fiscal.

Constato, portanto, que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, inexistindo nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, a infração 01, refere-se a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária em face da aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. As infrações 02 e 03 referem-se, respectivamente, a falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial nas aquisições interestaduais destinadas a comercialização.

O defendente alegou que na qualidade de empresa optante pelo Simples Nacional, LC 123/2006, foi desconsiderado pelo autuante o benefício da redução do imposto nos termos dos arts. 273 e 274 do RICMS/BA., que lhe permite a redução do pagamento do tributo por antecipação parcial.

Sobre a matéria os arts. 273 e 274 do RICMS/12, equivalentes ao art. 352-A do RICMS/97 vigente à época dos fatos geradores, assim dispõe, *in verbis*:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

*§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, **na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar.** (grifo nosso)*

*§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, **na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar,** não cumulativa com a redução prevista no § 4º. (grifo nosso).*

Da análise do dispositivo acima transcrito, resta claro que para fazer jus às reduções ali previstas, o contribuinte deve efetuar o recolhimento do imposto no prazo regulamentar. Acertadamente o autuante desconsiderou tais reduções para o cálculo do imposto devido, neste lançamento de ofício, porque o sujeito passivo deixou de realizar o recolhimento do ICMS de forma tempestiva, não tendo neste particular nada a reclamar.

O autuado argúi que valores referentes a recolhimentos de ICMS por ele realizados não teriam sido considerados pelo autuante.

Na informação fiscal restou esclarecido que dos Demonstrativos da Antecipação Parcial e da Substituição Tributária, pode-se verificar que foram relacionadas unicamente notas fiscais eletrônicas, (fls.14 /40, 45/47 e 51/70). As notas fiscais não eletrônicas apontadas pelo autuado em sua defesa, não foram arroladas e não fazem parte do levantamento fiscal. Dessa forma, os recolhimentos referentes a tais documentos, deixaram de ser considerados, tendo sido subtraídos da relação de recolhimentos (pág.74/91).

O contribuinte alegou que mereceria reparos os valores cobrados nos meses de agosto, outubro e novembro/2011, em virtude de consignarem aquisições de mercadorias que se caracterizam como matéria prima. Disse tratar-se de arames farpados utilizados na fabricação de "telas especiais", portanto, sem incidência do ICMS antecipação parcial.

Na informação fiscal o autuante esclareceu que além de não constar no Sistema de Cadastro da SEFAZ referência a qualquer CNAE que indique atividade industrial realizada pela empresa autuada, no curso da ação fiscal ao questionar a respeito deste fato, foi informado por preposto da autuada, que a intervenção levada a efeito nas bolas de arame farpado adquiridas, limitava-se a desenrolar o arame para que tomassem a forma de "sanfona aberta" de modo a ser fixado sobre os muros impedindo o acesso de pessoas indesejadas às residências.

Compulsando os autos, constato que apesar da alegação defensiva, o impugnante não trouxe ao processo, qualquer elemento de prova de que realiza processo de industrialização em sua empresa.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Considero, portanto, mantido tais valores no levantamento fiscal.

O autuado alegou a necessidade de se estornar do Auto de Infração, valores referentes a notas fiscais que já teriam sido incluídas em denúncia espontânea relativa ao mês de dezembro/2011. Disse também, que do levantamento fiscal constaria imposto já recolhido, relativo ao mês de novembro/2011, no valor de R\$ 8.403,72, referente ao Auto de Infração lavrado contra a empresa remetente das mercadorias, a MACCAFERRI DO BRASIL LTDA, CNPJ nº 43.876.860/0002-03.

O autuante na informação fiscal disse que sobre a denúncia espontânea nº 6000000276130 e o respectivo débito declarado nº 8000000135139, de fato, havia deixado de considerar, em relação ao mês de dezembro/2011, o valor de R\$ 454,03, no entanto, não teria procedência o pedido de abatimento de R\$2.565,16, relativa ao mês de dezembro/2011, tendo em vista que o autuado não teria comprovado que tais valores constavam da denúncia espontânea. Quanto aos valores relacionados ao mês de novembro de 2011 em que a empresa alegou constar de auto de infração, afirmou que não teve como associar qualquer importância do mencionado auto com aqueles relacionados no levantamento fiscal.

Analisando os elementos que compõem o processo, vejo que com relação a valores constantes de denúncia espontânea, o autuado logrou comprovar o montante de R\$454,03, devidamente acolhido pelo autuante na informação fiscal. Quanto a ocorrência de notas fiscais que já teriam o imposto pago através de lançamento em Auto de Infração anterior, de nº 2107651201/11-4, observo que para comprovar esta alegação o autuado juntou ao processo cópia do DAE nº 1104056284 fls.318/319, que não faz qualquer indicação de número de documento fiscal.

Dessa forma, acolho o entendimento do autuante com relação a necessária exclusão do valor de R\$454,03 mês de dezembro/2011 do levantamento fiscal e afasto a alegação defensiva de que do auto de infração nº 2107651201/11-4, constaria documentos fiscais presentes na exigência fiscal em análise, por absoluta falta de provas. Ademais, sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, também o entendo incurso nas disposições do art. 142 do RPAF/99.

O defendente alegou que relativamente à infração 02, o autuante teria lançado de forma equivocada o valor de R\$19.000,00, no mês de outubro/2010, tendo em vista que se trata de veículos destinados ao ativo imobilizado e o valor de R\$2.053,97, no mês de novembro/2011, por ter havido duplicação de montante na infração 01.

Analisando os fatos aqui apontados, vejo que o valor de R\$19.000,00 diz respeito à nota fiscal eletrônica nº 24.582 de 13/10/2010, correspondente a aquisição de uma “retroescavadeira marca new holland modelo lb110 nova”. Quanto à alegada duplicação de valor que já estaria contido na infração 01, não se consegue aferir a veracidade de tal assertiva, considerando que o autuado não aponta quais as notas fiscais que estariam duplicadas. Entendo, portanto, que neste caso, assiste razão ao autuado apenas quanto a necessidade de exclusão no levantamento fiscal, do valor associado ao bem destinado ao ativo fixo.

Considerando as alegações defensivas e análise detalhada realizada quando da informação fiscal, diante das provas apresentadas e que guardam consonância com a legislação tributária pertinente, acolho os demonstrativos ajustados pelo autuante, fls.204/205 e as infrações 01 e 02, remanescem respectivamente nos valores de R\$123.173,98 e R\$3.393,59. Infrações parcialmente subsistentes.

No que tange à infração 03, recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, a alegação defensiva é de que foram desconsiderados alguns valores devidamente recolhidos, bem como, foi cobrado ICMS sobre mercadorias destinadas ao uso e consumo e ao ativo imobilizado.

Observo que para este item da autuação, o autuado anexou DANFES onde se verifica que algumas notas fiscais arrolam mercadorias que configuram itens não comercializados pela empresa: materiais de divulgação e expositores, peças para veículos, peças hidráulicas entre outros, configurando-se como mercadorias para o ativo imobilizado ou uso e consumo. O autuante na informação fiscal diz ter analisado tais documentos e entendeu que razão assiste ao contribuinte

nesse particular, devendo o ICMS correspondente ser excluído do presente Auto de Infração. Elaborou novo demonstrativo de débito, corrigindo o equívoco cometido. Relativamente às demais mercadorias indicadas nas notas fiscais 245, 246 e 446 que descrevem calhas e telhas galvanizadas, conclui que se destinavam à comercialização e não ao ativo imobilizado.

Da análise dos documentos acima citados apresentados pela defesa, à luz dos esclarecimentos prestados na informação fiscal, acato a conclusão do autuante sobre a questão, uma vez que as quantidades de mercadorias discriminadas nas notas fiscais eletrônicas, indicam que destinaram-se a comercialização. Ademais, vejo que não consta dos autos elementos necessários a comprovação de que tais mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado, conforme indicado pela defesa.

Ante aos fatos, acato novos demonstrativos elaborados pelo autuante e estas mercadorias devem ser mantidas nos mesmos valores originalmente apurados.

No que tange a alegação defensiva de que algumas notas fiscais foram relacionadas na denúncia espontânea de nº 6000000276130, o preposto do fisco disse que analisando as informações relativas à citada denúncia e o respectivo débito declarado nº 8000000135135, observou que deixou de considerar em relação ao mês de dezembro/2011, o valor de R\$4.053,30, no presente Auto de Infração. Desse modo, diz ter ficado evidente que o pedido da defesa de abatimento de R\$2.565,18, relativa ao mês de dezembro/2011, foi feito a menos do que de fato tem direito. Refez o Demonstrativo de Débito, à luz dos novos elementos colhidos, e ajustou o levantamento com o abatimento de R\$ 4.053,30. Acato o demonstrativo do autuante e a infração 03 conforme fls.206/207, remanesce em R\$27.961,25. Infração parcialmente subsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **196900.1000/13-6**, lavrado contra **TOPMIXX ATACADO MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$154.528,82**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 448,39 e de 60% previstas nos incisos I alínea "b", II alíneas "a" e "d", do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR