

A. I. Nº -232417.0009/14-6  
AUTUADO -GCT COSTA TEIXEIRA COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA.  
AUTUANTE -ROSINEIDE DOS SANTOS ANDRADE SOUZA  
ORIGEM -INFAZ ITABUNA  
INTERNET -18. 12. 2014

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0263-01/14

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. **a.1** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que efetuou o recolhimento de parcela do imposto devido, atinente às notas fiscais arroladas no levantamento, antes do início da ação fiscal. A existência de erro de indicação do código de receita no documento de arrecadação - DAE - deve ser objeto de retificação. Não se apresenta razoável que o contribuinte efetue novo recolhimento com o código de receita correto e solicite a restituição do valor recolhido com o código de receita errado, conforme sugerido pela Fiscalização. Infração parcialmente subsistente. **a.2.** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Fato demonstrado. Infração caracterizada. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A própria autuante ao prestar a informação fiscal acatou as alegações defensivas, consignado que o autuado apresentou documentos que comprovam a devolução de diversas mercadorias, como também material de uso e consumo, razão pela qual, excluiu da autuação as notas fiscais citadas na peça de defesa. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas. Indeferido o pedido de realização de perícia/diligência, com fulcro no art. 147, I, “a”, II, “a” e “b”, do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/08/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$16.501,81, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de abril de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$214,76, acrescido da multa de 60%;
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro, março, junho a

agosto, outubro e novembro de 2012, fevereiro e junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.537,79, acrescido da multa de 60%;

3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro, março, maio a dezembro de 2012, fevereiro e março de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.750,26, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 32 a 41) arguindo, preliminarmente, que o Auto Infração foi lavrado fora do estabelecimento da empresa, ou seja, lavrado na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia quando, obrigatoriamente, deveria ter sido lavrado no local de verificação da infração. Diz que, por analogia, o Decreto Federal nº 70.235, de 06-3-1972, artigo 10, que trata do Regulamento de Processo Administrativo-Fiscal Federal obrigam a lavratura do auto no local da verificação da falta, ou seja, no próprio estabelecimento fiscalizado, em razão de qualquer infração cometida pelo autuado somente poderia ter ocorrido dentro do estabelecimento comercial, excetuados feiras, exposições, mostras e operações semelhantes. Acrescenta que, nesse sentido é o que dispõe o artigo 196, parágrafo único, do CTN.

Aduz, ainda, que a posição da doutrina jurídico-tributária é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura de notificações e autos de infração no local do estabelecimento fiscalizado, considerando-se ineficaz e inválida a peça básica do processo administrativo-fiscal, no caso, o Auto de Infração, quando lavrado na própria Repartição Fiscal, conforme ocorreu no presente caso, ou no escritório do agente fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado, quando nenhum motivo relevante impossibilitar esse procedimento normal e usual na fiscalização de todo e qualquer tributo ou contribuição, tendo em vista que a lavratura fora do estabelecimento fiscalizado, quebra a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte e nos atos administrativos de campo, da fiscalização, evitando-se ainda, que sejam lavrados autos “por correspondência”, sem qualquer fiscalização e enviados pelo correio, com um visível desprezo ao próprio princípio do contraditório, pois, durante as diligências de fiscalização, o contribuinte tem o direito sagrado de se fazer representar, através de seu contabilista, o que não aconteceu em nenhum momento e, se necessário, também pelo seu advogado, conforme o art. 5º-LV, 133, da CF/88.

Alega que, se o Auto de Infração é lavrado fora do local, sem sequer serem pedidas explicações ou esclarecimentos por escrito de eventuais falhas ou irregularidades, a quebra do contraditório é evidente e não poderá ser negada. Invoca e reproduz, nesse sentido, lição de Bernardo Ribeiro de Moraes.

Prosseguindo, argui ainda em caráter preliminar, que o exame da escrita foi realizado por não contador.

Alega que, no presente caso, não encontrou prova documental de que a autuante seja Contadora habilitada junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia, para poder realizar os exames de escrita em livros e documentos contábeis e fiscais que diz ter realizado.

Afirma que, não sendo Contadora habilitada lhe falece competência para a realização de tarefas específicas e privativas dessa profissão devidamente regulamentada por leis federais em plena vigor, no caso, Decreto nº 20.158 de 30/06/31, artigos. 53, 70, 72 e 73, com força de Lei Complementar, *ex-vi* do Decreto nº 19.398 de 11/11/30; Decreto nº 21.033 de 08/02/32, arts. 1º; Decreto nº 7.661 de 21/06/45, arts. 63, v, 103, § 1º e 2º e 169; Decreto nº 24.337 de 14/01/48 art.2º; Decreto-Lei 9.295 de 27/05/46 artigos. 25 “c”, e 26; Lei nº 6.385 de 07/12/76, art., 26 e parágrafos; Lei nº 6.404 de 15/12/76, art.163, § 5º. Destaca que isto já foi reconhecido pelos Tribunais (STF, RTJ 75/524-529; 105/1/115-1.118; TRF, AC nº 43.309 RJ 1º, T., DJU-1, de 29/09/71 p.6.631; Ap. Crim. nº 3.522-SP, 3º T., de 27/06/79, p.5.013; Apelação Criminal nº 5.032-BA, 1º T., DJU-I, de 03/06/82, p.5.394; MAS nº 98.411-RS. 2º T. de 03/09/87, p.18.111).

Sustenta que, desse modo, caso a autuante não comprove documentalmente que é Contadora com Certidão obtida regular junto ao CFC/CRC/BA, e que está em dia com as suas obrigações profissionais junto ao referido órgão federal, os Autos de Infração por ela lavrados, com base em exames realizados em livros e documentos técnicos contábeis, ficam sem qualquer validade ou eficácia jurídica administrativa, por falta de capacidade técnica do agente. Nesse sentido, menciona artigo 4º, I, da Lei nº 4.717 de 29/06/65; o art. 153, II, da CF/69, e art. 5º, XIII, da CF/88.

Continuando, argui cerceamento do direito de defesa. Alega que boa parte das infrações merecia um melhor exame dos livros e documentos, assim como solicitação de esclarecimento, haja vista que, dentre os documentos existe DAE que caberia retificação. Alega, ainda, que em face do número elevado de demonstrativos para exame, após a autuação, o prazo regulamentar acabou sendo exíguo para defesa.

Ressalta que, numa empresa que esteja sob ação fiscal, cabe à autoridade fiscalizadora pedir vista de documentos, a fim de que o contribuinte não venha a ser prejudicado no seu direito constitucional de ampla defesa.

Diz que, diante disso, só pode requerer a revisão da fiscalização com a consequente apresentação da defesa após o Auto de Infração ter sido lavrado. Acrescenta que não fazê-lo é dar razão a um ato de ilegalidade, dentro do princípio contraditório constante na Constituição Federal, além de arcar com pagamento sem saber se realmente é devido e se ver numa situação que lhe coloca como empresa sonegadora, situação na qual não aceita.

No mérito, rechaça a infração 01, afirmando que houve pagamento do ICMS, contudo, com o código de receita errado, no caso 2175, que diz respeito ao ICMS Antecipação Parcial.

Diz que, conforme se verifica no DAE, as notas fiscais nele indicadas são as Notas Fiscais nºs 21246 e 457340, portanto, as mesmas notas que estão ausentes de pagamento do ICMS ST, exigido neste item da autuação. Saliencia que o valor pago foi de R\$ 200,83.

Frisa que, como a própria legislação prevê compensação para estes fins, haveria um saldo a pagar de ICMS ST de R\$13,93.

Entretanto, solicita a aplicação da alínea “b” do inciso III do artigo 289 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, aduzindo que com esta aplicação a cobrança para empresa optantes do Simples Nacional, como é o seu caso, possa utilizar o cálculo de forma simplificada, aplicando o percentual de 5% sem utilização de crédito sobre a base de cálculo ajustada com MVA, que neste tópico o imposto fica em R\$103,89 ( $2.077,87 \times 5\%$ ), suplantando assim o imposto pago de R\$200,83 com a menção das referidas notas fiscais, mas com o código de receita errado, o que não desmerece o recolhimento e arrecadação.

Conclui requerendo a improcedência total desta infração.

Relativamente à infração 02, alega que a autuante fez os cálculos sem levar em conta que é optante do Simples Nacional, portanto tem direito, conforme determina a Lei, a ser apurado seu imposto para fins de pagamento, pelo que melhor lhe convier financeiramente, quando a legislação lhe dá benefício para tal.

Sustenta que, como é optante do Regime Simples Nacional, tem direito a apuração simplificada de 5% sobre o valor das mercadorias já agregadas a MVA. Acrescenta que, nesse sentido, é o que dispõe o RICMS/BA/12, no seu artigo 289, inciso III, alínea “b”.

Diz que, desse modo, apresenta o demonstrativo da infração contida no Auto de Infração, e anexada ao Demonstrativo 1, com o devido cálculo do imposto de forma simplificada, e deduzido o valor já pago, demonstrando que não deve o ICMS exigido, tendo inclusive valor do ICMS pago a mais.

No respeitante à infração 03, afirma que a autuante não levou em conta algumas ocorrências que geraram os valores que devem ser considerados abatendo do valor apurado, ou não cobrando os da ocorrência cuja tabela apresenta que, no final, reduz o valor do imposto exigido.

Conclui requerendo revisão do Auto de Infração.

Prosseguindo, alega que o Auto de Infração exige ICMS baseado em presunção fiscal, haja vista que, após o levantamento, não houve solicitação de vista e/ou esclarecimento acerca de atos e fatos, que certamente evitaria a autuação de forma inconsequente em alguns aspectos, totalmente incompatível com a atividade vinculada e regrada da Administração Tributária. Diz que não tendo a autuante realizado qualquer levantamento que positivasse a existência de uma aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica pela empresa, pelo fato ocorrido, isto é, um ingresso de riqueza nova a aumentar o patrimônio da pessoa jurídica, dentre outros fatos da qual está a exigir ICMS, CTN, art. 43, 114 e 116, I e II; STF, RTJ 66/150, e que tivesse sido omitido do conhecimento do fisco estadual.

Continuando, alega que o ICMS está sendo exigido sem prova concreta da ocorrência do fato gerador.

Frisa que, conforme já aduzido acima, uma presunção, mesmo por meio de verificação, gera um instrumento de cobrança de imposto, cujo montante foi apontado em demonstrativos que chegaram perto de 100 folhas, com partes truncadas, isto é, inelegíveis, tornando a aplicação direta no Auto de Infração, numa peça sem prova concreta do fato gerador, inclusive gerando multa confiscatória, em sua totalidade sem prova efetiva e documentada e referendada pelo contribuinte, do referido fato, que segundo o Auto de Infração não teriam sido, o que ofende direta e frontalmente o princípio da legalidade, CF/88, artigos 5º, II, e 150, I, CTN, artigo 97, III, pois tal fato não caracteriza o total do fato gerador da obrigação tributária.

Reporta-se sobre as multas impostas de 60%, destacando que sempre impedem o adimplemento do contribuinte e adquire caráter confiscatório pelo excesso de penalidade.

Salienta que multas aplicáveis ao débito original indevido e que resulta em importâncias absurdas e injustas de como as multas estabelecidas no “artigo 4º § 4º, da Lei 7.014/96 e do RICMS”, impedem ou dificultam a iniciativa de qualquer contribuinte liquidar seus débitos.

Diz que, além disso, é por demais abusiva a imposição de multas de 60% de forma confiscatória, ainda que, em tese e apenas *ad argumentandum*, fosse admitida a sua responsabilidade impugnante, pelo fato, ainda assim, as multas num percentual tão elevado são eminentemente e ostensivamente confiscatórias, e aplicada sobre todas as atividades, como é o seu caso, uma empresa enquadrada num regime que se diz “simplificado”, e cuja criação se deu com base no Estatuto da ME e EPP (LC 123-2006), como forma de garantir a simplificação na apuração dos impostos e com menos carga tributárias para empresas com atividade e receitas que requerem um melhor tratamento do Estado.

Conclui que as multas de 60% não têm amparo na LC 123-06, a qual está subordinada.

Continuando, reporta-se sobre a perícia e/ou revisão fiscal, tecendo comentário sobre a sua importância para solução da lide.

Finaliza requerendo:

- que sejam analisadas, apreciadas e decididas uma a uma as questões, com motivação adequada e pertinente e fundamentadamente, dentro do princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Constituição Federal;
- que as decisões sejam encaminhadas ao seu endereço e/ou dos seus representantes legais constituídos;
- que sejam realizadas diligências que possam através de uma revisão fiscal comprovar os equívocos cometidos;
- que o valor do Auto de Infração seja reduzido para o patamar deduzido das alegações de defesa, com dispensa ou redução da multa sobre o valor do débito remanescente;
- que este CONSEF julgue totalmente improcedente o Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 64 a 68), inicialmente, contestando as preliminares aduzidas pelo impugnante.

Afirma que o Auto de Infração em lide foi lavrado na repartição fazendária e em nada torna-o ineficaz como alega o autuado, por estar respaldado no art. 39, § 1º, do RPAF/99 que reza: *§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*

Assevera que está capacitada para a função fiscalizadora, conforme a Lei nº 11.470/09, e que desempenhou suas atividades junto ao autuado, respaldada na Ordem de Serviço nº 504455/14. Sustenta que, desse modo, não procede a argumentação defensiva de que não ficou provado que a fiscalização foi realizada por autuante habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade do Estado da Bahia.

Assevera que também não procede a alegação defensiva de cerceamento do direito de defesa, por ter um prazo exíguo para fazer a impugnação, haja vista que lhe foi assegurado o prazo legal, conforme previsto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cuja redação reproduz.

Reporta-se sobre a infração 01, consignando que, após a alegação do impugnante, verificou e comprovou que as Notas Fiscais nºs 21.246 e 457.340, objeto desta infração, tiveram o imposto recolhido com o código de receita 2175 - ICMS Antecipação Parcial -, quando deveria ser 1145 - ICMS Antecipação Tributária.

Diz que, nesse particular o impugnante tem o direito de requerer restituição do indébito, conforme o art. 73 do RPAF/99.

No tocante à infração 02, diz que o autuado incorre em equívoco quando alega ter direito a apuração simplificada de 5% sobre o valor das mercadorias já agregadas a MVA.

Transcreve o art. 289 do RICMS/BA/12. Assevera que resta claro que a solicitação do autuado não procede, haja vista que a infração em questão trata de ICMS devido por Substituição Tributária, recolhido a menos e não de ajuste de estoque que é o cerne desse artigo.

Conclui que, dessa forma, permanece o valor desta infração sem alteração, que é de R\$1.537,79.

Quanto à infração 03, observa que o autuado apresentou documentos comprovando a devolução de diversas mercadorias, como também material de uso e consumo, portanto, foram excluídas da autuação as notas fiscais citadas na peça de defesa à fl. 38, ficando o valor do ICMS devido no montante de R\$ 13.556,33.

Salienta que os valores constantes do presente Auto de Infração são valores apurados após levantamento feito nas notas fiscais de entradas do autuado, descartando a presunção e a falta de prova concreta da ocorrência do fato gerador, como alegado pelo impugnante.

Observa que, por exercer uma atividade vinculada, aplicou multa de 60% nos meses em que o ICMS discutido não foi pago ou foi pago a menos, o que não poderia ser diferente, pois com fundamento no art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96.

Ressalta que admite a redução apenas da infração 03, referente às aquisições de mercadoria provenientes de fora do Estado, conforme resumo “Demonstrativo 2.2 - Antecipação Parcial” retificado.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado cientificado da informação fiscal (fls. 73/74) não se manifestou.

## VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar as preliminares de nulidade arguidas pelo impugnante, conforme faço abaixo:

-no que tange à alegação de que a lavratura do Auto de Infração só poderia ter sido feita no local de verificação da falta, e não, na repartição fazendária, razão não assiste ao defendente, haja vista que a legislação tributária estadual apresenta regra própria quanto a determinação do local onde deve ser lavrado o Auto de Infração, nos termos do art. 39, § 1º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, abaixo reproduzido:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Ou seja, no presente caso, inexistente qualquer irregularidade quanto à lavratura do Auto de Infração, conforme arguido pelo autuado, haja vista que poderia ter sido lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificou ou apurou a infração.

- quanto à argumentação defensiva de que a autuante precisa estar habilitada junto ao Conselho Regional de Contabilidade para proceder aos exames, levantamentos fiscais e contábeis e, consequentemente, a lavratura de Auto de Infração quando se detectar irregularidade decorrente de descumprimento de obrigação principal ou acessória, também não prospera.

Isso porque, o art. 42, I, II, do RPAF/99 estabelece expressamente que:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Desse modo, o lançamento de ofício em exame foi lavrado por profissional habilitada, no exercício de suas funções fiscalizadoras, autorizado por disposição regulamentar, fato que independe de ser contadora ou não;

Além das preliminares acima aduzidas, o impugnante apresenta arguições que devem ser apreciadas antes da apreciação de mérito, conforme faço a seguir:

- quanto à arguição de cerceamento do direito de defesa, constato que não assiste razão ao autuado. Em verdade, o impugnante teve o prazo regulamentar de 30 dias para apresentação da defesa, conforme previsto no art. 123 do RPAF/99. Ademais, as infrações foram descritas de forma clara, sendo possível determinar a base de cálculo, montante do débito, infrator, portanto, inexistindo o alegado cerceamento de defesa;

-quanto à arguição de que o Auto de Infração exige ICMS baseado em presunção fiscal, também não se sustenta. Verifica-se, claramente, da análise dos elementos acostados aos autos, que a autuação está fundamentada em documentos, no caso, notas fiscais, DAEs, tendo sido apurada a falta de recolhimento ou recolhimento a menos do imposto, portanto, situação fática e não presuntiva. Ou seja, existem provas concretas dos fatos infracionais imputados ao autuado;

- quanto à arguição sobre o caráter confiscatório da multa de 60%, observo que as multas impostas têm previsão no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Ademais, falece competência a este órgão julgador administrativo para apreciar matéria atinente à inconstitucionalidade de ato normativo;

- quanto ao pedido de perícia e/ou revisão fiscal, considero desnecessária a realização de diligência revisional, haja vista que os elementos que compõem o presente processo são suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide. Desse modo, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, II, “a” e “b”, do RPAF/99.

- quanto ao pedido do autuado para que as decisões sejam encaminhadas ao seu endereço e/ou dos seus representantes legais constituídos, consigno que inexistente óbice para que o pedido seja atendido, contudo, ressalvo que a forma regulamentar de intimação do contribuinte se encontra prevista no art. 108 do RPAF/99, não implicando em nulidade se a disposição regulamentar processual for observada.

No mérito, relativamente à infração 01, observo que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo exigido ICMS no valor de R\$214,76.

Constato que este item da autuação se refere apenas a duas notas fiscais, no caso, Notas Fiscais nºs 21246 e 457340, sobre as quais se exige o ICMS-ST devido por antecipação tributária.

Efetivamente, verifico que procede a alegação defensiva de que efetuou o pagamento do ICMS com a indicação do código de receita errado no DAE, ou seja, consignou o código 2175 - ICMS Antecipação Parcial -, quando deveria ter indicado o código 1145 - ICMS Antecipação Tributária.

Vejo também que o autuado alega que o valor recolhido foi de R\$ 200,83, portanto, remanescendo o valor de R\$13,93, já que o valor do ICMS-ST, efetivamente devido é de R\$214,76, conforme a autuação.

Contudo, solicita a aplicação do disposto na alínea “b” do inciso III do artigo 289 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, aduzindo que aplicando o percentual de 5% sem utilização de crédito fiscal sobre a base de cálculo ajustada com aplicação da MVA o ICMS-ST devido resulta em R\$103,89 ( $R\$2.077,87 \times 5\%$ ), suplantando assim o imposto pago de R\$200,83.

O art. 289, II, III, “b”, do RICMS/BA/12 estabelece o seguinte:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

(...)

II - adicionar sobre o preço de aquisição mais recente, incluído o imposto, o percentual de margem de valor adicionado (MVA) constantes no Anexo 1 deste regulamento para as operações internas com a respectiva mercadoria;

III - apurar o imposto a recolher aplicando sobre a base de cálculo prevista no inciso

II:

(...)

b) tratando-se de contribuinte optante pelo simples nacional, a alíquota prevista na legislação para cada mercadoria, compensando-se com o crédito destacado na nota fiscal de aquisição ou, de forma simplificada, o percentual de 5% (cinco por cento) sem a utilização de qualquer crédito;

Apesar de assistir razão ao autuado quando diz que o imposto apurado de forma simplificada ultrapassa o imposto recolhido apurado de forma normal, não acolho o pedido de aplicação das disposições do artigo acima reproduzido, para a situação em análise.

Isso porque, o autuado apurou o ICMS-ST utilizando a forma normal de apuração, ou seja, utilizando o crédito fiscal destacado nas notas fiscais, significando dizer que, optou em não utilizar a forma simplificada de apuração, não podendo, a meu ver, haver mudança da forma de apuração, haja vista que implicaria em dois critérios diferentes para os mesmos documentos fiscais, o que, por certo, não pretendeu o legislador, conforme se infere da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito

Cabe observar que, por se tratar de mero erro de indicação do código de receita, o recolhimento efetuado pelo autuado não pode ser desconsiderado. Na realidade, deveo órgão competente da repartição fazendária providenciar a retificação do DAE, haja vista que não soa razoável que o contribuinte efetue o pagamento do valor exigido neste item da autuação e, posteriormente, formalize pedido de restituição do valor recolhido em face de indicação do código de receita errado.

Diante disso, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$13,93.

No respeitante à infração 02 - *Efetuo o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária* -, verifico que o autuado alega que alega que a autuante fez os cálculos sem levar em conta que é optante do Simples Nacional, portanto tem direito, conforme determina a Lei, a ser apurado seu imposto para fins de pagamento, pelo que melhor lhe convier financeiramente, quando a legislação lhe dá benefício para tal.

Sustenta que, como é optante do Regime Simples Nacional, tem direito a apuração simplificada de 5% sobre o valor das mercadorias já agregadas a MVA. Acrescenta que, nesse sentido, é o que dispõe o RICMS/BA/12, no seu artigo 289, inciso III, alínea “b”.

Diz que, desse modo, apresenta o demonstrativo da infração contida no Auto de Infração, e anexada ao Demonstrativo 1, com o devido cálculo do imposto de forma simplificada, e deduzido o valor já pago, demonstrando que não deve o ICMS exigido, tendo inclusive valor do ICMS pago a mais.

Neste item da autuação, observo que procede a argumentação defensiva de que tem o direito de apurar o imposto para fins de pagamento, pelo que melhor lhe convier financeiramente, quando a legislação lhe dá benefício para tal, e que por ser optante do Regime Simples Nacional, tem direito a apuração simplificada de 5% sobre o valor das mercadorias já agregadas da MVA.

Porém, a exemplo do que foi consignado na análise da infração 01, a meu ver, o autuado ao optar em não utilizar a forma simplificada de apuração, mas sim a forma normal com utilização do crédito fiscal destacado nas notas fiscais, não pode mudar a forma de apuração, haja vista que implicaria em dois critérios diferentes para os mesmos documentos fiscais, o que, por certo, não pretendeu o legislador, conforme se infere da leitura do art. 289, II, III, “b”, do RICMS/BA/12, já reproduzido acima.

Desse modo, esta infração é integralmente subsistente.

Quanto à infração 03, verifico que se refere a recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial.

Noto que na informação fiscal a autuante acatou as alegações defensivas, consignado que o autuado apresentou documentos que comprovam a devolução de diversas mercadorias, como também material de uso e consumo, razão pela qual, excluiu da autuação as notas fiscais citadas na peça de defesa à fl. 71, ficando o valor do ICMS devido no montante de R\$13.556,33.

Vejo também que o autuado cientificado sobre a informação fiscal não se manifestou, inclusive quanto ao valor remanescente do ICMS devido apontado pela autuante.

Diante disso, acolho o resultado apresentado pela autuante na informação fiscal, sendo parcialmente subsistente a infração no valor de R\$13.556,33, conforme o novo demonstrativo elaborado pela autuante.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232417.0009/14-6**, lavrado contra **GCT COSTA TEIXEIRA COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA.**, ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.108,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO- JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO- JULGADOR