

A. I. Nº - 232127.0011/11-3
AUTUADO - MONALLIZA CARNEIRO FREIRE - ME
AUTUANTE - APARECIDA DE FÁTIMA VALE
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 24.07.2015

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0110-02/15**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE PAGAMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A antecipação parcial é prevista no art. 352-A, e a substituição tributária no artigo 371, do RICMS/97, sendo devida nos termos do artigo 386 do citado Regulamento. O lançamento fiscal foi objeto de revisão fiscal sendo confirmadas parcialmente as alegações defensivas, de que não foram incluídos no levantamento fiscal alguns recolhimentos efetuados, bem como que foi exigido imposto por antecipação sobre mercadorias não alcançadas no regime de substituição tributária. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitado o pedido de nulidade do lançamento tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2012, reclama o valor de R\$44.747,99, de contribuinte optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 - 07.21.01 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, no valor de R\$11.630,37, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de fevereiro e março de 2009, janeiro e fevereiro de 2010, conforme demonstrativo à fl.06.

02- 07.21.03 - Falta de recolhimento do ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$ 33.117,62, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de julho, setembro, outubro a dezembro de 2008, conforme demonstrativos às fls.07 e 08.

Em 17/08/2012, o autuado, através de seu representante legal, apresenta defesa tempestiva (fls.141 e 142), alegou que:

- a) na planilha de apuração do débito não está evidenciada a natureza dos produtos relativos a cada nota fiscal discriminada, ou seja, qual o tipo de mercadoria para que se determine a MVA;
- b) o valor do crédito destacado no documento fiscal não é determinante para o cálculo do imposto devido, entendendo que o cálculo deve ser feito pela diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual própria para a operação.
- c) não foi considerado o crédito tributário proporcional ao valor do IPI;
- d) não houve compensação de nenhum dos valores recolhidos e constantes no sistema da SEFAZ;
- e) existem recolhimentos através de GNR Substituição Tributária não compensados na ação fiscal;

f) ficou impossibilitado de detalhar e vincular as notas, os produtos e os respectivos DAEs em razão não ter sido devolvida a documentação em poder da fiscalização;

Por conta de tais alegações, aduz que é necessária a elaboração de novas planilhas detalhando todas as notas fiscais e informando o tipo de mercadoria, as MVAs correspondentes, quais tiveram o cálculo correto e pago o ICMS, compensando-os com as respectivas GNREs.

Concluindo que não é impossível chegar à conclusão sobre quais valores deveriam ser acatados ou contestados devido a falta de clareza das planilhas elaboradas, bem como acesso à documentação retida pela fiscalização, pugna pela nulidade do Auto de Infração.

Em 28/08/2012, fl.152, o autuante acostou ao processo protocolo da entrega de documentos fiscais devidamente subscrito pelo representante do autuado, bem como planilhas de cálculo do débito, fls.154 a 157.

Conforme intimação e AR dos Correios à fls. 159 a 160, o sujeito passivo foi intimado, mediante entrega dos documentos acostados ao processo, a se manifestar, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

Às fls.162 a 163, o autuado aduz que da análise das novas planilhas, houve a inclusão de várias notas fiscais que tiveram o ICMS Antecipação Parcial devidamente recolhido nos meses de setembro e novembro de 2009, e janeiro de 2010, conforme DAEs , fls.147 a 149.

Argumenta que por ter atividade o comércio varejista de artigos de uso pessoal e doméstico e de artigos para bombonieres e festas e não produzir sorvetes por processo instantâneo de transformação em máquinas de sorvete do tipo “soft”, não está sujeito a antecipação tributária com encerramento da fase de tributação prevista para os produtos classificados na Posição 2106, com MVA de 328%, constante no Protocolo ICMS 20/05.

Aduz que nas aquisições para revenda de produtos da Posição 21069029, é devido o recolhimento da antecipação parcial, conforme orientação da GETRI, baseada em orientação técnica da GERSU, estabelecida pelo Processo 03787520098, fls. 165 e 166.

Reafirma que por ser optante pelo Simples Nacional, o valor do crédito do ICMS consubstanciado nas notas fiscais de aquisição não é determinante para o cálculo da antecipação parcial, e que independente de destaque do valor do ICMS devido na operação própria no documento fiscal, o cálculo deve ser feito pela diferença entre a alíquota interna do Estado do destinatário e a alíquota interestadual própria para a operação, conforme Estado de origem das mercadorias.

Repete que o mecanismo de cálculo usado na planilha para apuração dos valores do ICMS antecipação parcial reclamado pode induzir a erros, pois só considera o crédito tributário se houver destaque do ICMS no documento fiscal, além do que o valor do ICMS destacado só incide sobre o valor dos produtos sem o IPI e as despesas acessórias.

Diz que também existem recolhimentos de ICMS através de GNRE relativo às notas fiscais 640531 de fev/2009 (fl.167); 655871 de mar/2009 (fl.168); e 2478 de abr/2010 (fl.169), que não foram considerados na apuração do débito.

Acostou ao processo, fls.187 a 191, planilhas elaboradas com os números que entende corretos, e ao final requereu a procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.194 a 197, o autuante preliminarmente esclarece que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial e antecipação total, na condição de empresa optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado dos exercícios de 2009 e 2010.

Contestou a defesa dizendo que o autuado apresentou DAEs pagos, a *posteriori*, sem acompanhamento de planilhas de cálculo para cada DAE, como também, cópias de notas fiscais que estão mencionadas nos DAEs, mas não estão incluídas no Auto de Infração para que se possa

verificar corretamente os valores apurados e pagos de ICMS, referentes as notas fiscais abaixo discriminadas, com os respectivos esclarecimentos :

- *650531* de 30/01/09 (fls.11), recolhido através de GNRE fls. 167.
- *655871* de 18/03/09 (fls.12), recolhido através de GNRE fls. 168.
- *2478* de 14/04/10 (fl. 106), recolhido através de GNRE fls. 169.
- *3526* 28/08/09 (fls.28) DAE fls.170
- *450* de 29/09/09 (fls.29) DAE fls.171.
- *2586* de 06/11/09 (fls. 32) DAE fls.172.
- *1524* de 26/01/10 (fls.98) DAE fls.173. O referido DAE está com vencimento para 25/02/2010 pago 25/03/10, portanto pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *416698* de 16/12/09 (fls. 46), *2830* de 15/01/10 (fls.57), *217150* de 07/01/10 (fls.18), reconheço o valor R\$ 1.703,18 de antecipação parcial, e R\$ 5.963,30 de antecipação total – NCM 2106.90.29, 25095 de 08/01/10 (fls.61), *13170* de 11/01/10 (fls.62), *19174* de 13/01/10 (fls. 65), *1370* de 14/01/10 (fls.66), *21709* de 15/01/10 (fls.70), *13202* de 15/01/10 (fls. 71), *446545* de 15/01/10 (fls. 72), *1744* de 15/01/10 (fls.74), *25916* de 15/01/10 (fls. 76), *217331* de 11/01/10 (fls. 20), reconheço o valor R\$ 1.711,58 de antecipação parcial, e R\$ 407,00 de antecipação total- NCM 2106.90.29 - DAE fls. 174. O referido DAE está com vencimento para 25/02/10 e pago em 28/04/10, portanto pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *4287* de 20/01/10 (fls. 89), *42571* de 20/01/10 (fls. 89), *589281* de 21/01/10 (fls.92), *25277* de 21/01/10 (fls.93), *427703* de 22/01/10 (fls.94), *33153* de 25/01/10 (fls. 95), *2329* de 25/01/10 (fls.96), *218262* de 25/01/10 (fls. 23), reconheço o valor total da NF R\$ 738,00 como antecipação total – NCM 2106.90.29, 2039 de 26/01/10 (fls.97), *14821* de 27/01/10 (fls. 100), *429680* de 27/01/10 (fls.102), *137428* de 27/01/10 (fls. 99), *288* de 27/01/10 (fls.101) DAE fls.175. O referido DAE está com vencimento para 25/02/10 e pago em 28/04/10, portanto pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *1202* de 15/01/10 (fls. 75), *425729* de 16/01/10 (fls. 78), *425903* de 17/01/10 (fls. 79), *18185* de 18/01/10 (fls. 81), *4111* de 18/01/10 (fls. 16) reconheço R\$ 2.730,00 de antecipação parcial e R\$ 19.103,77 de antecipação total- NCM 1806.90.00 e *1704.90.10*, *2571* de 28/01/10 (fls.80), *217728* de 18/01/10 (fls. 21), reconheço R\$ 2.191,16 de antecipação parcial, e R\$ 5.297,56 de antecipação total – NCM 2106.90.29, *504* de 18/01/10 (fls. 86), *426453* de 18/01/10 (fls. 17), reconheço R\$ 8.461,50 de antecipação parcial e R\$ 1.066,50 de antecipação total NCM 1806.90.00, *7860* de 15/01/10 (fls.77), *217784* de 19/01/10 (fls.22), *2283* de 19/01/10 (fls. 88) DAE fls. 176. O referido DAE está com vencimento para 25/02/10 e pago em 28/04/10, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *419995* de 29/12/09 (fls. 13), reconheço o valor total da NF como antecipação total NCM 1704.90.10, *420070* de 29/12/09 (fls. 50), *758963* de 30/12/09 (fls. 54), *1658* de 30/12/09 (fls. 55), *89372* de 30/12/09 (fls. 53), *2784* de 30/12/09 (fls.52), *445052* de 30/12/09 (fls. 51), *9786* de 30/12/09 (fls. 56), *284480* de 07/01/10 (fls. 58) DAE fls. 177. O referido DAE está com vencimento para 25/02/10 e pago em 25/03/10, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *2953* de 12/01/10 (fls. 64), *1646* de 14/01/10 (fls. 68), *4363* de 14/01/10 (fls. 67), *319* de 19/01/10 (fls. 87), *7927* de 20/01/10 (fls. 90) DAE fls. 178. O referido DAE está com vencimento para 25/02/10 e pago em 25/03/10, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *1578* de 08/02/10 (fls.103), (vencº 25/03/10 pago 28/05/10) DAE fls. 179, *419* de 01/04/10 (fls. 105) (vencº 25/05/10 pago 27/07/10) DAE fls. 180, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *231* de 26/04/10 (fls. 107) (vencº 25/06/10 pago 27/07/10) DAE fls. 181, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *591* de 14/07/10 (fls. 115) (vencº 25/08/10 pago 29/10/10) DAE fls. 182, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- *9903* de 30/09/10 (fls. 119) (pago no prazo) DAE fls. 183, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.

- 10073 de 22/10/10 (fls. 122) e 2527 de 26/10/10 (fls. 124) (venctº 25/11/10 pago 27/12/10) DAE fls. 184, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- 6807 de 14/12/10 (fls. 129) e 8342 de 29/12/10 (fls. 133) DAE fls. 185, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.
- 409 de 28/12/10 (fls. 131), 33302 de 28/12/10 (fls. 132), 1034 de 29/12/10 (fls. 135), 2336 de 29/12/10 (fls. 134), 94233 de 30/12/10 (fls. 137), 104 de 30/12/10 (fls. 136) (venctº 25/02/11 pago 25/03/11) DAE fls. 186, portanto, pago fora do prazo, sem direito às reduções previstas no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.

Quanto a MVA de 328%, informou que: o produto pó para sorvete com classificação fiscal 2106.90.29 destacado nas notas fiscais, trata-se de um preparado para fabricação de sorvete, não sabendo determinar se a referida fabricação de sorvete é em máquina ou não, embora entenda que o processo moderno de industrialização de sorvete é realizado em máquina, cabendo exclusivamente ao autuado a devida comprovação.

Com relação ao mecanismo de cálculo utilizado na planilha, aduz que não causou nenhuma obstáculo para o adquirente, visto que os valores destacados na coluna G (NF valor total do produto) é idêntico ao da coluna L - (Valor total geral), onde o IPI está incluso, ou seja a soma de: (Valor total da NF + valor do frete + outras despesas acessórias). Observa ainda que na coluna T (Vlr. ICMS a recolher), representa 10% ou 5% do valor total da nota fiscal (diferença de alíquota).

Diante das informações acima prestadas, concluiu solicitando a reabertura de prazo para que o autuado se pronuncie, apresentando planilhas de cálculo para cada DAE pago, juntando cópias das notas fiscais mencionadas nos DAEs e não incluídas no Auto de Infração, para verificação dos valores apurados e pagos de ICMS.

Conforme intimação e AR dos Correios à fls. 198 a 199, o sujeito passivo foi intimado, mediante entrega da informação fiscal às fls. 194 a 197, a se manifestar, tendo se manifestado às fls. 201 a 202, reiterando os termos de sua impugnação às fls. 162 a 163.

O autuante presta informação fiscal, fls. 209, onde diz que o contribuinte não atendeu a solicitação constante da informação fiscal, conforme fl. 197, com atenção especial para o último parágrafo do aludido documento, conforme reprodução a seguir: “*Diante das informações prestadas, solicito a reabertura de prazo para que a autuada se pronuncie, apresentando planilhas de cálculo para cada DAE pago, juntando cópias das notas fiscais mencionadas nos DAEs e não incluídas no Auto de Infração, para verificação dos valores apurados e pagos de ICMS*”.

Assim, ressalta que o não atendimento acima é um indicador de que os pagamentos feitos aconteceram fora do prazo e o contribuinte indevidamente utilizou da prática do desconto previsto no Art. 352 A § 4º do RICMS/97.

Acrescenta que o Auto de Infração foi lavrado com base legal no artigo 353 itens: 8.1, 8.5 e 29, do RICMS/97.

Finaliza encaminhando o processo para o devido julgamento.

Considerando que o sujeito passivo impugnou as infrações 01 e 02 sob alegação de que não foram considerados diversos recolhimentos efetuados conforme DAEs e GNRES acostados às fls. 167 a 186, inclusive apresentou planilha refeita contendo os valores que reconhece como devidos.

Considerando que o autuante em sua informação fiscal, apesar de reconhecer alguns recolhimentos, não refez o levantamento fiscal incluindo os mesmos, limitando-se a solicitar a reabertura do prazo de defesa para que o autuado apresentasse memória de cálculo das guias de recolhimentos, para identificar os respectivos valores recolhidos, pois na aludidas guias constam notas fiscais que não foram objeto da autuação.

Considerando que o autuado não atendeu à intimação às fls. 198 e 199, ou seja, não apresentou a memória de cálculo para que fossem alocados os valores recolhidos na planilha de apuração do débito.

Considerando que constam no levantamento fiscal produtos que estão classificados nas posições 1806, 1901 e 210690, e não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, conforme Parecer DITRI 03787520098

Diante disso e da evidência de que ocorreram recolhimentos que precisam ser deduzidos da apuração do débito neste processo, conforme despacho de fl.219, foi proposta e acolhida pelos demais membros desta 2ª JJF, na Pauta Suplementar do dia 25/07/2013, o encaminhamento do processo à ASTEC/CONSEF, para que, à vista dos documentos constantes nos autos, em comparação com a planilha apresentada pelo autuado às fls.187 a 191, o diligente indicado adotasse as providências que seguem:

1. Intimasse novamente o sujeito passivo a apresentar a memória de cálculo dos recolhimentos constantes nas guias às fls.167 a 186.
2. Deduzisse da planilha às fls.06 a 08, reproduzidas às fls.154 a 157, os respectivos recolhimentos correspondentes às notas fiscais objeto da autuação identificadas nas referidas guias de recolhimentos.
3. Se não houvesse atendimento por parte do autuado em relação ao item 1 acima, deduzisse os recolhimentos efetuados em que constem apenas uma nota fiscal na guia de recolhimento.
4. Observasse que em relação às notas fiscais nº 217150 (fl.59), 217331 (fl.63), 217728 (fl.84), 217784 e 218262, considerando que os produtos estão classificados nas posições 1806, 1901 e 210690, não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, conforme Parecer DITRI 03787520098 (doc.fl.165 e 166), fossem ser excluídos do cálculo da infração 01.
5. Após refeito o levantamento fiscal com as deduções correspondentes aos respectivos recolhimentos, elaborasse também o demonstrativo de débito mensalmente dos valores remanescentes por força das deduções devidas.

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 00004/2015, Auditor Fiscal estranho ao feito realiza a diligência fiscal determinada pelo órgão julgador, prestando os esclarecimentos constantes às fls. 222 a 225, quais sejam que o autuado foi intimado a apresentar memória de cálculo dos recolhimentos constantes nos DAEs recolhidos, e não atendeu ao seu pedido; que foram deduzidos do levantamento fiscal às fls. 06 a 08, reproduzidas às fls. 154 a 157, os respectivos recolhimentos correspondentes às notas fiscais objeto da autuação identificado nas referidas guias de recolhimento, apenas das notas fiscais 640531, 655871 e 002478, cujos recolhimentos encontram-se às fls. 167, 168 e 169 respectivamente, sendo elaborado novo demonstrativo, conforme fls. 227 / 230; que em relação às notas fiscais nº 217150 (fl. 59), 217331 (fl. 63), 217728 (fl. 84), 217784 e 218262, considerando que os produtos estão classificados nas posições 1806, 1901 e 210690, não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, conforme Parecer DITRI 03787520098 (docs. fls. 165 e 166), as mesmas foram excluídas do cálculo da infração 01.

O revisor fiscal em sua conclusão registra que tendo em vista que o autuado foi intimado em 10/12/2014 e 21/01/2015, e não tendo atendido às solicitações, foram efetuadas as exclusões em que constava apenas uma nota fiscal no recolhimento efetuado – DAE, sendo elaborado demonstrativo, conforme fls. 226 / 230, resultando na diminuição do débito para os valores de R\$3.221,50 (infração 01) e R\$ 24.348,10 (infração 02).

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.235 e 236, o sujeito passivo foi cientificado da revisão fiscal procedida pela ASTEC/CONSEF, constante às fls. 222 a 235, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.243 a 245, argüindo o seguinte.

Relata que foi intimado a apresentar memória de cálculo dos recolhimentos constantes nos DAEs que compõem as fls. 167 a 186 do PAF, cujos valores constam como dedução nas planilhas apresentadas na impugnação e reconhecidos como devidos. Porém, diz que por se tratar de período passado, já por prescrever, incorrendo na necessidade de tempo para que se arrecadasse toda a documentação a fim de reelaborar os cálculos das referidas notas fiscais, para atender a intimação

em vigor foram reenviadas via e-mail as planilhas que compõem a impugnação, uma vez que nos DAEs que compõem as fls. 167 a 186 do PAF, e que estão na base de dados da Sefaz/Ba, constam as notas fiscais a que se refere o recolhimento, o que conduziria a um entendimento que viesse a reconhecer os argumentos da impugnante quanto ao fato dos DAEs realmente se referirem às notas fiscais neles descritas cujos valores foram devidamente deduzidos nas planilhas.

Quanto ao resultado do Parecer ASTEC Nº. 00004/2015, aduz que a diligência, embora legal a mesma torna-se **INJUSTA** quando lhe impõe a apresentação de uma “**memória de cálculo**”, como condicionante para fins de reconhecimento de valores indiscutivelmente e oficialmente recolhidos ao Erário do Estado da Bahia, por entender que inexiste na legislação tributária exigência para esse fim.

Com base nisso, sustenta que, a fiscalização uma vez de posse de todos os documentos fiscais e de todos os DAEs comprovantes dos recolhimentos das notas fiscais que serviram de base para a elaboração da sua planilha, caberia vincular cada DAE às notas fiscais correspondentes.

Ao final, reconhece PARCIALMENTE PROCEDENTE o auto de infração no valor de R\$ 19.133,65.

Constam às fls. 238 a 241, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, no valor de R\$ 17.396,68.

VOTO

Analisando a argüição do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, de que o lançamento é nulo, uma vez que os atos foram praticados com preterição do direito de defesa, sob a alegação de que foi impossível chegar à conclusão sobre quais valores deveriam ser acatados ou contestados devidos a falta de clareza no levantamento fiscal, bem como acesso à documentação retida pela fiscalização, verifico que tais preliminares foram saneadas no curso do processo, com a entrega dos documentos retidos pela fiscalização, fl.152 e a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, e entrega de todos os levantamentos e documentos que instruem a ação fiscal, especialmente as planilhas às fls.154 a 157, idênticas às constantes na inicial às fls.06 a 08, com esclarecimentos ao final de cada coluna da planilha, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa e contraditório.

Portanto, a acusação fiscal está efetivamente motivada no auto de infração, ou seja, em ambos os itens estão claramente especificadas as infrações na descrição dos fatos, contendo no enquadramento legal a capitulação legal da infringência e da multa aplicada. Mais ainda, trouxeram os autuantes, com o Auto de Infração, os anexos, onde se tem a prova documental inerente a acusação fiscal, mais precisamente os demonstrativos de fls.06 a 137, entregues ao autuado, e devolvidas as notas fiscais arrecadadas para elaboração do levantamento fiscal. Se de fato, conforme alegado, não é devida a exigência fiscal, por erro na apuração do débito, estas serão apreciadas por ocasião do mérito.

Por essas razões, deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidade elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF.

No mérito, pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação dos dois itens contemplados no autuado de infração, diz respeito a falta de recolhimento de ICMS por antecipação parcial e total, na condição de empresa optante do Regime do 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.

De acordo com as peças processuais, constato que o crédito tributário em questão, é oriundo de levantamento nas primeiras vias de notas fiscais de compras interestaduais para comercialização efetuadas pelo estabelecimento autuado e apresentadas pelo próprio autuado.

No item 01, foi atribuída ao autuado a condição de sujeito passivo por substituição tributária, com fulcro art. 371 do RICMS/BA, relativa às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, ou seja, considerando que os aludidos produtos, alvo da presente imputação, encontram-se enquadrados no regime de substituição tributária interna. Esse fato está evidenciado no levantamento fiscal, no qual o autuante aplicou a MVA para apurar a base de cálculo da substituição tributária e apurar o imposto devido.

Fundamenta o autuante a presente exigência, também, no art. 386, I do RICMS/BA, para consignar que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária.

Já o item 02 está fundamentado no artigo 352-A, que foi inserido no RICMS/Ba por intermédio da Lei Estadual nº 8.967/03, vigente a partir de 01/03/2004, acrescentando o art. 12-A à Lei nº 7.014/96, que têm as seguintes redações:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

“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.

O lançamento foi impugnado com base nas seguintes alegações que passo a analisar, com base no que consta nos autos.

Quanto a alegação de que nas planilhas de apuração do débito não está evidenciada a natureza dos produtos relativos a cada nota fiscal discriminada, ou seja, qual o tipo de mercadoria para que se determine a MVA, constato que não assiste razão ao defendant, visto que nas planilhas anexadas às fls. fls.154 a 157, idênticas às constantes na inicial às fls.06 a 08, constam os esclarecimentos ao final de cada coluna da planilha, inclusive a coluna contendo o percentual da MVA, sendo as mesmas entregues ao autuado, conforme intimação e AR dos Correios, fls.159 e 160.

Inerente à alegação do defendant de que por ser optante pelo Simples Nacional, o valor do crédito do ICMS nas notas fiscais de aquisição não é determinante para o cálculo da antecipação parcial, que independente do destaque do valor do ICMS, o cálculo deve ser feito pela diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual e que o mecanismo de cálculo utilizado na planilha para apuração do ICMS antecipação parcial reclamados, não merece acolhimento tal alegação, visto que, para o cálculo da antecipação parcial, conforme conclusão fiscal, só considera o crédito tributário se houver destaque do ICMS no documento fiscal, além de que o valor do ICMS destacado só incide sobre o valor dos produtos sem IPI e as despesas acessórias.

Também considero sem razão o argumento de que deveria ser considerado o crédito tributário proporcional ao valor do IPI, uma vez que base de cálculo para fins de antecipação tributária é o valor constante no documento fiscal, já incluído o valor do IPI.

Quanto às demais razões defensivas, em relação às infrações 01 e 02, considerando que:

- a) foi alegado na peça defensiva a não consideração de diversos recolhimentos efetuados conforme DAEs e GNREs acostados às fls.167 a 186, inclusive apresentou planilha refeita contendo os valores que reconhece como devidos;

- b) o autuante em sua informação fiscal, apesar de reconhecer alguns recolhimentos, não refez o levantamento fiscal incluindo os mesmos, tendo solicitado a reabertura do prazo de defesa para que o autuado apresentasse memória de cálculo das guias de recolhimentos, para identificar os respectivos valores recolhidos, pois na aludidas guias constam notas fiscais que não foram objeto da autuação;
- c) o autuado não atendeu à intimação às fls.198 e 199, ou seja, não apresentou a memória de cálculo para que fossem alocados os valores recolhidos na planilha de apuração do débito;
- d) constam no levantamento fiscal produtos que estão classificados nas posições 1806, 1901 e 210690, e não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, conforme Parecer DITRI 03787520098

E sobretudo, considerando a evidência de que ocorreram recolhimentos que precisavam ser deduzidos da apuração do débito, na fase de instrução, mediante pauta suplementar, o processo foi encaminhado para a ASTEC/CONSEF, para que, à vista dos documentos constantes nos autos, em comparação com a planilha apresentada pelo autuado às fls.187 a 191, o diligente indicado adotasse as providências que seguem:

1. Intimasse novamente o sujeito passivo a apresentar a memória de cálculo dos recolhimentos constantes nas guias às fls.167 a 186.
2. Deduzisse da planilha às fls.06 a 08, reproduzidas às fls.154 a 157, os respectivos recolhimentos correspondentes às notas fiscais objeto da autuação identificadas nas referidas guias de recolhimentos.
3. Se não houver atendimento por parte do autuado em relação ao item 1 acima, deduzisse os recolhimentos efetuados em que constem apenas uma nota fiscal na guia de recolhimento.
4. Observasse que em relação às notas fiscais nº 217150 (fl.59), 217331 (fl.63), 217728 (fl.84), 217784 e 218262, considerando que os produtos estão classificados nas posições 1806, 1901 e 210690, não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, conforme Parecer DITRI 03787520098 (doc.fl.165 e 166), fossem ser excluídos do cálculo da infração 01.
5. Após refeito o levantamento fiscal com as deduções correspondentes aos respectivos recolhimentos, elaborasse também o demonstrativo de débito mensalmente dos valores remanescentes por força das deduções devidas.

Conforme Parecer ASTEC/CONSEF nº 00004/2015, fls.222 a 225, Auditor Fiscal estranho ao feito realiza a diligência fiscal determinada pelo órgão julgador, informando que:

1. *Conforme fls. 231 e 232, o autuado foi intimado em 09/12/2014 a apresentar a memória de cálculo dos recolhimentos constantes nas guias de fls. 167 a 186.*

Não tendo atendido à solicitação, foi efetuada nova intimação, datada de 10/12/2014, não sendo também atendido.

Em 21/01/2015, decorridos quarenta dias da intimação, foi solicitado via e-mail ao autuado, fl. 233, informações a respeito do solicitado nas intimações, tendo o mesmo enviado planilha dos cálculos da inflação 02, sem contudo apresentar a memória de cálculo individualizado das notas fiscais.

2. *Foram deduzidos da planilha às fls. 06 a 08, reproduzidas às fls. 154 a 157, os respectivos recolhimentos correspondentes às notas fiscais objeto da autuação identificado nas referidas guias de recolhimento, apenas das notas fiscais 640531, 655871 e 002478, cujos recolhimentos encontram-se às fls. 167, 168 e 169 respectivamente, sendo elaborado novo demonstrativo, conforme fls. 227 / 230.*
3. *Como não houve atendimento por parte do autuado em relação ao item 1 acima, foi deduzido os recolhimentos efetuados em que constavam apenas uma nota fiscal na guia de recolhimento (DAE).*

4. Em relação às notas fiscais nº 217150 (fl. 59), 217331 (fl. 63), 217728 (fl. 84), 217784 e 218262, considerando que os produtos estão classificados nas posições 1806, 1901 e 210690, não estão alcançados pelo regime de substituição tributária, conforme Parecer DITRI 03787520098 (doc. fls. 165 e 166), as mesmas foram excluídas do cálculo da infração 01, sendo elaborado demonstrativo de fl. 226.
5. Depois de refeito o levantamento fiscal com as deduções correspondentes aos respectivos recolhimentos, foi elaborado o demonstrativo de débito mensalmente dos valores remanescentes por força das deduções devidas.

O fiscal estranho ao feito em sua conclusão registra que tendo em vista que o autuado foi intimado em 10/12/2014 e 21/01/2015, e não tendo atendido às solicitações, foram efetuadas as exclusões no levantamento fiscal das notas fiscais acima citadas no item 4, e deduzido os recolhimentos em que constavam apenas uma nota fiscal no recolhimento efetuado – DAE, sendo elaborado demonstrativo, conforme fls. 226 / 230, resultando na diminuição do débito para o valor de R\$24.348,10.

Analizando as questões suscitadas na defesa com base nos que constam nos autos quanto a alegação de que nas planilhas de apuração do débito não está evidenciada a natureza dos produtos relativos a cada nota fiscal discriminada, ou seja, qual o tipo de mercadoria para que se determine a MVA, constato que não assiste razão ao defendant, visto que nas planilhas anexadas às fls. fls.154 a 157, idênticas às constantes na inicial às fls.06 a 08, constam os esclarecimentos ao final de cada coluna da planilha, inclusive a coluna contendo o percentual da MVA, sendo as mesmas entregues ao autuado, conforme intimação e AR dos Correios, fls.159 e 160.

Inerente à alegação do defendant de que por ser optante pelo Simples Nacional, o valor do crédito do ICMS nas notas fiscais de aquisição não é determinante para o cálculo da antecipação parcial, que independente do destaque do valor do ICMS, o cálculo deve ser feito pela diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual e que o mecanismo de cálculo utilizado na planilha para apuração do ICMS antecipação parcial reclamados, não merece acolhimento tal alegação, visto que, para o cálculo da antecipação parcial, conforme conclusão fiscal, só considera o crédito tributário se houver destaque do ICMS no documento fiscal, além de que o valor do ICMS destacado só incide sobre o valor dos produtos sem IPI e as despesas acessórias.

Também considero sem razão o argumento de que deveria ser considerado o crédito tributário proporcional ao valor do IPI, uma vez que base de cálculo para fins de antecipação tributária é o valor constante no documento fiscal, já incluído o valor do IPI.

No tocante a questão relacionada com a cobrança de MVA 328% para o produto: pó para sorvete NCM 2106.90.29, constante das notas fiscais nº 217150, 217331, 217728, 217784 e 218262 (docs.fl. 18, 19, 20, 21, 22, e 23), considerando que restou confirmado que a empresa tem como atividade o comércio varejista de artigos de uso pessoal e doméstico e de artigos para bombonieres e festas, e não produz sorvetes por processo instantâneo de transformação em máquinas de sorvetes do tipo “soft”, e que as mercadorias estão classificadas nas Posições 1806, 1901, e 2106.90, bem como, que conforme Parecer de 17/07/2009, da DITRI nº 03787520098, não estão sujeitas à substituição tributária, fls.165 e 166, constato que o revisor fiscal, por determinação desta 2ª JJF, procedeu a exclusão das referidas notas fiscais, consoante se verifica no demonstrativo de fl. 226.

Sobre a alegação de que não houve compensação de nenhum dos valores recolhidos e constantes no sistema da SEFAZ, e que existem recolhimentos através de GNR Substituição Tributária não compensados na ação fiscal, observo que, por ocasião da diligência fiscal, conforme fls. 231 e 232, o autuado foi novamente intimado em 09/12/2014 a apresentar a memória de cálculo dos recolhimentos constantes nas guias de fls. 167 a 186, porém não atendeu ao pedido do diligente fiscal.

Quanto aos recolhimentos apresentados, considerando que o sujeito passivo não apresentou a memória de cálculo, apesar de instado a fazê-lo, mediante intimação, entendo que não há como se identificar o valor que foi recolhido em cada DAE e correlacionar com as respectivas notas fiscais.

No caso em que no DAE constando apenas o recolhimento de um documento fiscal, entendo que deve ser deduzido do valor apurado no levantamento fiscal, como foi feito na revisão fiscal.

Assim, acolho o resultado da revisão fiscal, pois foram atendidas as questões suscitadas pelo órgão julgador, exceto a relacionada com a apresentação de planilha informativa dos documentos fiscais que compõem os documentos de arrecadação, cujo sujeito passivo após a científicação da referida conclusão revisional não apresentou nada em sentido contrário.

Nestas circunstâncias, restando caracterizadas as infrações através de devidas provas, e não tendo o sujeito passivo apresentado todas as provas em sentido contrário, considero parcialmente subsistentes as infrações que lhe foram imputadas, nos valores de R\$ 3.221,50 e R\$ 24.348,10, para as infrações 01 e 02, respectivamente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$27.569,60.

D E M O N S T R A T I V O D E D É B I T O

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DO VENCIMENTO	INFRAÇÃO 01	INFRAÇÃO 02
31/01/2009	25/02/2009		250,50
28/02/2009	25/03/2009	55,94	40,55
31/03/2009	25/04/2009	151,78	21,68
31/07/2009	25/08/2009		93,00
30/09/2009	25/10/2009		71,21
31/10/2009	25/11/2009		512,75
30/11/2009	25/12/2009		2.015,87
31/12/2009	25/01/2010		2.493,13
31/01/2010	25/02/2010	3.013,78	7.020,63
28/02/2010	25/03/2010		115,63
31/03/2010	25/04/2010		63,56
30/04/2010	25/05/2010		254,61
31/05/2010	25/06/2010		250,12
31/07/2010	25/08/2010		1.544,66
30/09/2010	25/10/2010		19,90
31/10/2010	25/11/2010		1.759,29
30/11/2010	25/12/2010		3.110,47
31/12/2010	25/01/2011		4.710,64
T O T A L		3.221,50	24.348,10

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232127.0011/11-3, lavrado contra **MONALLIZA CARNEIRO FREIRE – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.569,60**, acrescido das multas de 50% sobre R\$15.856,45 e de 60% sobre R\$11.713,15 previstas no artigo 42, I, “b”, 1, e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos constantes às fls. 238 a 241, extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR