

**A. I. Nº** - 152452.0002/14-2  
**AUTUADO** - ALSEN A. M. M. D. CARVALHO  
**AUTUANTE** - MARIA DA CONCEIÇÃO PATROCÍNIO ALEIXO  
**ORIGEM** - INFAZ JUAZEIRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 24/05/2016

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0087-03/16**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Os cálculos foram refeitos pela autuante para excluir valores comprovados, ficando reduzidos os valores originalmente apurados. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 11/03/2014, refere-se à exigência de R\$177.280,96 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 07.21.03: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, para fins de comercialização, nos meses de novembro de 2010; setembro de 2011; maio a dezembro de 2012; janeiro a setembro de 2013. Valor do débito: R\$125.790,11. Multa de 60%.

Infração 02 – 07.21.04: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, para fins de comercialização, nos meses de setembro e dezembro de 2010; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2011; janeiro a março, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$51.490,85. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 84 a 234 do PAF. Reproduz os fatos narrados no Auto de Infração e comenta sobre a tempestividade da defesa apresentada. Suscita nulidade da autuação, alegando inexistência de justa causa para a sua lavratura e inoccorrência de qualquer ilicitude. Diz que o Auto de Infração já nasceu infringindo os limites das respectivas competências, leis complementares, leis federais, Constituições, leis estaduais e municipais. Afirma que não são devidos os tributos exigidos para o Estado da Bahia; que a autuante não tem competência tributária para lançamentos de cálculos de ICMS; que em desobediência e ao arrepio das Leis e do RICMS-BA foi lavrado o presente Auto de Infração.

O defendente alega que constatou vícios formais. Primeiro, afirma que não está claro na planilha de cálculo qual foi das normas da lei aplicadas em que se enquadra a suposta incidência de diferença de ICMS. Reproduz o art. 7º, incisos IV e V do RICMS-BA/97 e diz que é dispensado o

lançamento e pagamento relativo à diferença de alíquotas, conforme previsto no art. 272, inciso I, alínea “b”, 2, do RICMS-BA/2012. Caso ocorresse de o contribuinte ter pago o imposto à alíquota de 5%, como é exigido no Auto de Infração, entende que teria direito de requerer seu crédito, conforme jurisprudência que transcreveu. Conclui que as empresas que adquirem material para uso e consumo do estabelecimento, que se caracterize como empresa de pequeno porte, como é o caso do estabelecimento autuado, não poderia por força de lei ser acusada de não pagamento do ICMS relativo aos materiais de consumo especificados na tabela que elaborou à fl. 92.

Requer a nulidade do Auto de Infração, alegando que, conforme exposto anteriormente, ficou configurado ato arbitrário ao arrepio da lei, lançar a cobrança indevida das notas fiscais contidas na tabela à fl. 92. Diz que não está obrigado a lançar e pagar ICMS relativo à diferença de alíquota na aquisição de materiais de uso e consumo para preservação do Bem do Ativo Permanente (especificado na tabela que elaborou à fl. 92), porque a operação é isenta da obrigação imposta. Ressalta que não há dúvida de que os materiais de destinaram para uso e consumo da empresa, atendendo no seu enquadramento como empresa de pequeno porte, habilitada a gozar dos benefícios fiscais, amparadas no RICMS-BA/97, art. 7º, incisos IV e V e no RICMS-BA/2012, art. 272, inciso I, alínea “b”, 2, não devendo ser cobrado o ICMS relativo à diferença de alíquota como exigido no presente Auto de Infração.

Frisa que de acordo com o RICMS-BA/97 e tabela que elaborou à fl. 93, as empresas que adquirirem bem para o ativo permanente que se caracterize legalmente inscrita como empresa de pequeno porte, se aplicando no entendimento jurídico enquadramento ao dispositivo de lei ao estabelecimento autuado, não poderia ser exigido o ICMS relativo à diferença de alíquota. Assim, o defendente requer a nulidade do presente Auto de Infração, por entender que ficou configurado ato arbitrário ao arrepio da lei, ao ser efetuada cobrança indevida sobre as notas fiscais constantes nas tabelas que elaborou.

Ressalta que, se não houver convencimento da autuante quanto aos fundamentos apresentados nas razões de defesa, requer a nulidade absoluta do Auto de Infração. Transcreve o art. 3º, inciso XVI, § 1º da Lei 7.014/96. Informa que a empresa MAVEL – MÁQUINAS E VEÍCULOS LTDA. comercializa veículos e ao mesmo tempo presta serviços através de oficina mecânica na revisão dos veículos vendidos da marca Mercedes Benz.

O autuado diz que exercendo o seu direito constante no Código de Defesa do Consumidor e com base no Contrato de Compra e Venda de veículo, utilizou-se da revisão obrigatória exigida pela garantia de fábrica, solicitando a substituição de peças e, neste caso específico, o óleo lubrificante foi trocado, resultando operação de venda a consumidor final. Neste caso, afirma que de acordo com o art. 7º, incisos IV e V do RICMS-BA/97 não há incidência do ICMS relativo à diferença de alíquota. Diz que não houve a circulação de mercadoria como foi considerado o óleo lubrificante, haja vista que o referido óleo não entrou no estabelecimento autuado, sendo utilizado dentro do motor do veículo, aplicado para a lubrificação dos pistões do motor. Diz ser cabível o pedido de nulidade absoluta do Auto de Infração, em razão da existência de vícios formais em confronto com as normas citadas. Requer a nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, incisos I a IV, “a” do RPAF/BA, Decreto 7.629/99.

Sobre a empresa EXTIVALE COMÉRCIO E SERVIÇOS DE EXTINTORES LTDA. informa que se trata de empresa que comercializa extintores de combate a incêndio e presta serviços de reparos de extintores. Quando um veículo tem a validade do extintor vencida, neste caso, há uma aquisição de bem de consumo para o bem do ativo permanente, o veículo. Diz que o cliente tem a opção de trocar o extintor ou, a condição de encher o líquido químico vencido. Entende que neste caso, houve apenas o enchimento do produto químico no vasilhame do extintor de incêndio, o que foi efetuado para segurança do bem do ativo permanente. Afirma que se aplicam as mesmas regras previstas no art. 7º, incisos IV e V do RICMS-BA/97 e no art. 3º, inciso XVI, § 1º da Lei 7.014/96, bem como, no art. 272, inciso I, alínea “b”, 2 do RICMS-BA/2012. Dessa forma, reitera o pedido de nulidade da autuação fiscal.

Em relação à empresa JERÔNIMO DIXNEUF PEÇAS E SERVIÇOS LTDA. (Mecânica Bahia), diz que é uma empresa que vende peças automotivas para veículos mecanizados e prestadora de serviços mecânicos de reparo, recondicionamento, limpeza de bicos, reaproveitamento de peças automotivas, montagem de motores de veículos e, neste caso, foram utilizados os serviços da mencionada empresa, o que se comprova por meio das Notas Fiscais emitidas no Estado de Pernambuco de números 7241 e 3095 e das Notas Fiscais de Prestação de Serviços emitidas pela Prefeitura Municipal de Petrolina/PE, com os números 7487 e 7859. Alega que, neste caso, aplicam-se as regras constantes no art. 7º, incisos IV e V do RICMS-BA/97 e no art. 3º, inciso XVI, § 1º da Lei 7.014/96, bem como, no art. 272, inciso I, alínea “b”, 2 do RICMS-BA/2012. Dessa forma, reitera o pedido de nulidade da autuação fiscal.

Quanto à empresa PANEVALE, informa que é uma empresa de comércio e representações de fábricas e distribuidora de materiais de uso e consumo. Diz que a referida empresa fez a representação na aquisição de uma seladora efetuada pelo defendente, equipamento utilizado na solda de fechamento de sacolas para uso e consumo dentro do estabelecimento autuado. O defendente diz que se aplicam, neste caso, as regras constantes no art. 7º, incisos IV e V do RICMS-BA/97 e no art. 3º, inciso XVI, § 1º da Lei 7.014/96, bem como, no art. 272, inciso I, alínea “b”, 2 do RICMS-BA/2012. Dessa forma, reitera o pedido de nulidade da autuação fiscal.

Sobre a empresa RODOAL IMPLEMENTOS RODOVIÁRIOS LTDA. (RANDOM), informa que é uma empresa que exerce atividades de comercialização, prestação, montagem de implementos rodoviários, como: carrocerias de caminhões e prestadora de serviços mecânicos na montagem de equipamentos e implementos de carrocerias, reparos, instalação, manutenção para conservação de bens automotivos. O defendente informa que adquiriu o bem do ativo permanente com incentivos fiscais de Convênio Federal, que é resultante de Alienação Fiduciária ao banco Mercedes Benz do Brasil S/A, destinados ao Caminhão que adquiriu, constando todas as características no corpo da Nota Fiscal nº 4890 e da Nota Fiscal de Prestação de Serviços nº 1658, emitida pela Prefeitura Municipal de Petrolina. Diz que em outra situação anterior, ocorreu a mesma situação descrita anteriormente, a que se refere à NF 3095, nas mesmas condições, na aquisição de bem do ativo permanente destinado ao Caminhão. Assegura que neste caso, se aplicam as regras constantes no art. 7º, incisos IV e V do RICMS-BA/97 e no art. 3º, inciso XVI, § 1º da Lei 7.014/96, bem como, no art. 272, inciso I, alínea “b”, 2 do RICMS-BA/2012. Dessa forma, reitera o pedido de nulidade da autuação fiscal.

Em seguida o defendente comenta sobre as hipóteses de incidência do ISSQN, imposto de competência do Fisco Municipal. Diz que o referido imposto tem como fato gerador a prestação de serviço constante da lista de serviços, ainda que a prestação envolva fornecimento de mercadorias. “Sempre que houve prestação de serviço, estando o serviço elencado na Lista de Serviços, haverá o fato gerador e incidência do ISSQN. Entretanto, quando uma prestação de serviço comportar mais de uma etapa, como no caso de subempreitada ou terceirização de serviço, há de se analisar, isoladamente, os elementos constitutivos da prestação de serviços”.

Apresenta comentários e reproduz a legislação pertinente em relação à hipótese de não incidência do ISSQN; aspecto espacial da materialização da ocorrência do fato gerador e da hipótese de incidência do ISSQN; sujeito passivo – contribuinte ou responsável – do ISSQN; base de cálculo do ISSQN e conclui afirmando que os documentos fiscais evidenciam os erros gritantes e os lançamentos equivocados, eivados de vícios formais, de dados que não correspondem aos fatos em que ocorreu o fato gerador; inversão de valores, por isso, pede a nulidade absoluta da presente autuação fiscal.

O defendente também alega obscuridade, contradição e omissão do lançamento efetuado pela autuante, requerendo seja esclarecido detalhadamente a base de cálculo, alíquotas, os valores do ICMS, detalhando nota fiscal por nota fiscal, correção monetária, juros e acréscimos legais; fato gerador do período de ocorrência tributária. Diz que há falta de provas da parte acusadora de que tenha ocorrido apreensão das mercadorias que foram devolvidas aos fornecedores, que

comproven que estavam no depósito de estoque físico de mercadorias. Comenta sobre o conceito de prova; cita o princípio da igualdade constitucional e diz que os lançamentos devem contar com a devida clareza, certeza e liquidez. Diz que a autuante quer impor uma condição ilícita, obrigando o autuado constituir prova contra si mesma, ou confessa que tenha ficado com as mercadorias que foram devolvidas aos respectivos fornecedores, impondo de forma arbitrária através do Auto de Infração, quando a verdade dos fatos é totalmente diferente do que acusa a autuante.

Apresenta fotos e cópias de documentos relativos a mercadorias devolvidas e conclui que os referidos elementos revelam e mostram que o estabelecimento autuado não é obrigado a ficar com mercadorias vencidas, cabendo ao Fisco do Estado da Bahia, em seus Postos Fiscais de Fronteira e dentro do Estado da Bahia acionar a Vigilância Sanitária para apreender as mercadorias com validade vencida, evitando constrangimento ao destinatário das mercadorias. Requer a concessão de tempo a mais para colher outras provas, se esse for o entendimento do julgador. Assegura que, de fato, aconteceram as devoluções, juntando ofícios enviados aos fornecedores cobrando os protocolos das cartas de devolução e dos protocolos das Notas Fiscais de devolução das mercadorias devolvidas, que até o momento não foram enviados para a necessária comprovação junto ao Fisco do Estado da Bahia.

O autuado afirma que não tem qualquer fundamento uma autuação baseada em presunções de sonegação e que os agentes do Fisco ignoram as normas que os obrigam a exercer suas funções de forma verídica, transparente e leal. Citar as cartas de devolução, reproduzindo o teor das referidas cartas, elaborando à fl. 79 “Relação de Notas Fiscais Devolvidas”.

Reproduz os arts. 86 a 88 do RICMS-BA/2012, relativamente ao arquivo digital da NF-e; comenta sobre o negócio de boa-fé e diz que a prova apresentada não é fictícia, houve um documento fiscal que prova sobre os elementos essenciais do negócio jurídico; a autuante, antes de lavrar o Auto de Infração não percebeu que as notas fiscais de devolução (entradas) e as de saída foram informadas ao Fisco.

O defendente requer, caso seja da vontade do julgador, que se realize perícia das mercadorias com defeito e impróprias para consumo no caso, ALHO, SACOLAS, BOBINAS, entre outros, que levaram a empresa a não ficar com as mercadorias. Também salienta, que se no decorrer do processo, caso seja necessário, que sejam ouvidas testemunhas.

Prossegue analisando a questão da devolução de mercadorias, inclusive quanto à legalidade para emissão das Notas Fiscais de Saídas de Devolução, afirmando que não há qualquer impedimento legal para que não ocorra o procedimento fiscal. Reproduz os arts. 451 a 455 do RICMS-BA/2012, e afirma que as devoluções ocorreram no momento da chegada das mercadorias, sendo constatado que os produtos estavam em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor. Reafirma o pedido de nulidade da autuação fiscal, apresentando suas conclusões.

Ressalta que o Fisco Estadual, através da autuante, tomou a atitude de descredenciar o estabelecimento autuado para o “Regime Diferenciado na Antecipação do ICMS”, fato que ocorreu no Posto Fiscal, no mês de março de 2014, gerando multa e apreensão das mercadorias, que somente foram liberadas após o pagamento do tributo. Diz que a restrição por parte do agente fiscal é inconstitucional, implicando restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170 da Constituição Federal.

Diz que é pacífica na jurisprudência nacional, a não aceitação de constrições oblíquas que visem ao pagamento de tributos, também chamadas de “sanções políticas”. Entende que as cobranças devem ser procedidas pelas vias administrativas normais ou por execução fiscal do débito correspondente, e do estabelecimento autuado não constam débitos com os fiscos ou que estejam em processo de execução fiscal por qualquer dos fiscos tributários, federal, estadual ou

municipal. A ação fiscal foi efetuada com vícios formais, exigindo imposto que não é devido pelo Contribuinte em relação à diferença de ICMS.

O defendente afirma que inexistente justa causa para a lavratura do auto de Infração. Comenta sobre a necessidade do levantamento das Notas Fiscais de saída por devolução de mercadorias e falta de provas absolutas para que se configure a infração imposita. Requer seja esclarecido detalhadamente através do Relatório Fiscal, quanto à base de cálculo, alíquotas de incidência do ICMS e outros dados solicitados pelo defendente. Também requer seja efetuada **diligência fiscal in loco** em relação ao estoque físico das mercadorias constantes no estabelecimento e/ou no depósito, que comprove a acusação fiscal. Diz que a falta de provas absolutas da parte acusadora de que as mercadorias devolvidas pelo estabelecimento autuado tenham sido realizadas comercializações, inexistindo prova de que tenha ocorrido apreensão dessas mercadorias que foram devolvidas. Conclui que não tem sustentabilidade o Auto de Infração, sendo imprestável de pleno direito.

O defendente alega, ainda, que foram elencados no levantamento fiscal, valores declarados no Simples Nacional, no período da data de abertura da empresa, em dezembro de 2009 a 31/12/2011, que neste tempo não era obrigado a recolher o ICMS exigido no Auto de Infração, e que foram apresentadas tempestivamente e corretamente no tempo exigido pela lei.

Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração; requer a realização de diligências necessárias à pela elucidação das questões suscitadas nas razões de defesa; a realização de perícias para as quais protesta pela indicação de seu perito assistente e formulação de quesitos, além de suplementação de provas.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 687 a 692 dos autos. Após reproduzir a descrição dos fatos e fazer uma síntese das alegações defensivas, esclarece que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS relativo à antecipação parcial não recolhido e pago a menos, 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 exercícios de 2010 a 2013. Diz que o fato foi constatado na realização de procedimento fiscal, conforme Ordem de Serviço nº 500428/2014,

Em relação aos argumentos defensivos, informa que foram excluídas da planilha de cálculos as notas fiscais de aquisição de mercadorias que se encontram na tabela 1 (EXTINTOR, PO SX DP MB 18 CHV 27, DVD, SELADORA EMBALAFIL MESA 500MM ECON 2976, ÓLEO P/ MOTOR 15W 40MB 228.3, VIRABREQUIM MWM SPRINT, ARRUELA COBRE 7.3X14.9X2, CARROCERIA FECHADA FURGÃO, CARROCERIA FECHADA).

Informa que a demonstração dos fatos está gravada em mídia CD ROM anexa ao Auto de Infração contendo todos os cálculos detalhados por item, anexando em papel somente os resumos das planilhas Antecipação Parcial.

Também informa que a Nota Fiscal 72.996, fl. 444, está vinculada à Nota Fiscal de devolução de nº 179, de 03/09/2012, fl. 40, e também a NF 178, de 17/09/2014, fl. 41. As Notas Fiscais de devolução de números 179, 189, 190, 192, 207, 222, 273, 291; fls. 40 a 43, 45, 46, 48 e 49, respectivamente, estão vinculadas à Nota Fiscal original, mas não está destacado o valor do ICMS, não consta a data, a série da nota fiscal original, no campo informações complementares.

Diz que na fl. 86 o autuado fala sobre o período fiscalizado de 01/01/2010 a 31/12/2011, mas o procedimento fiscal foi realizado em relação ao período de 01/01/2010 a 31/12/2013. As Notas Fiscais de números 261, 366, 389, 397, 458, 462, 505, 566, 606; fls. 47, 50 a 57 não constam no campo informações complementares o número da nota fiscal original, data e série, atrelando a nota fiscal de entrada com a nota de devolução, conforme preceitua o art. 367 do RICMS-BA.

Reproduz o que estabelece o mencionado art. 367 do RICMS-BA e diz que em relação ao questionamento do autuado de que alguns produtos adquiridos para uso e consumo, por se tratar

de comércio de embalagem, verificou-se no Sistema de IPVA no site da SEFAZ/BA, através do CNPJ da empresa que constam os veículos relacionados à fl. 691. Informa que foram acatados os valores referentes às Notas Fiscais citadas na tabela 1 das razões de defesa, gerando novos valores para o Auto de Infração. Ou seja, Infração 01 - 07.21.03: R\$50.458,76 e Infração 02 – 07.21.04: R\$125.750,04. Total do débito: R\$176.208,80.

Prosseguindo, a autuante contesta as alegações defensivas quanto à nulidade do Auto de Infração, afirmando que a autuação está fundamentada na legislação estadual e na Constituição Federal. Com base nos princípios aplicáveis ao processo e aos procedimentos administrativos, conforme preceitua o art. 2º do RPAF/BA, que reproduziu.

Finaliza afirmando que a devolução das mercadorias no período fiscalizado, por ser uma prática incomum, exige justificativa razoável através de chancelas nos postos fiscais e/ou comprovante da entrada (retorno) da mercadoria no estabelecimento do fornecedor. Do mesmo modo, reafirma que todos os argumentos e justificativas apresentados estão conforme a legislação vigente, motivo pelo qual pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal e do novo demonstrativo elaborado pela autuante, o defendente se manifestou às fls. 708 a 731 (VOLUME III). Alega que a autuante reconheceu claramente que cometeu erros e vícios formais, por isso, entende que o Auto de Infração é nulo, conforme art. 18, incisos I a III e IV, “a” do RPAF/BA.

Afirma que o Auto de Infração é considerado, por lei, nulo na sua totalidade absoluta e, sendo assim, não deve ser acatado o pedido de procedência parcial, apresentado pela autuante. Entende que deveria ser gerado novo Auto de Infração, como determina a Lei, e assim, um novo prazo para a defesa, de trinta dias, após o recebimento da notificação. Salienta que não foi observado o princípio constitucional no cerceamento da ampla defesa ao ser concedido o prazo de dez dias.

Quanto à Nota Fiscal 72.996, informa que a Nota Fiscal de devolução de compra de nº 179 foi cancelada, permanecendo como nota fiscal válida de devolução a Nota Fiscal 189, de 17/09/2014.

Sobre as Notas Fiscais de números 179, 189, 190, 192, 207, 222, 273, 291, assegura que a informação da autuante não condiz com a verdade dos fatos, e que, no campo dados adicionais constam os números das notas fiscais dos fornecedores a que se vincula a Nota Fiscal de devolução de cada uma, respectivamente.

Em relação a essas notas fiscais 179, 189, 190, 192, 207, 222, 273, 291, informa que por problemas técnicos a empresa destacou o ICMS no campo informações complementares, tendo sido informado que não deveria ter destacado o ICMS por ser a empresa optante pelo Simples Nacional. Informa que deixou de destacar no campo informações complementares como única saída viável para a resolução e aproveitamento do crédito por parte dos fornecedores.

Quanto às Notas Fiscais de números 261, 366, 389, 397, 458, 462, informa que não foi possível recolher as cópias das páginas dos livros de entrada de mercadorias dos fornecedores, considerando o prazo concedido, de dez dias, além de se notar claramente que neste lapso temporal foi realizada a Copa do Mundo, e para complicar mais ainda, as cidades sede da Copa do Mundo, a exemplo da Cidade de São Paulo, muitas empresas e escritórios de contabilidade estão fechados para atendimento interno e externo nos dias de realização de jogos da Seleção Brasileira. Também relatou o fato de alguns contadores encontrarem-se de férias, somente retornando após o dia 15/07/2014. Requer a concessão de novo prazo para apresentação dos registros de entradas dos livros fiscais dos fornecedores.

No que se refere às notas fiscais de devolução 389, 505, 566, 606, informa que o funcionário da empresa, Sr. Alfrío Reis de Carvalho, se deslocou até as empresas emitentes e conseguiu as provas de que as empresas receberam as mercadorias devolvidas, conforme constam na cópia do livro de entrada dos fornecedores, carta de comunicação de devolução, protocolo do canhoto das notas fiscais de devolução, e o caso de produto que foi incinerado por ser impróprio para o

consumo, a declaração, de acordo com a Lei do Estado de São Paulo. Neste caso, a nota fiscal de entrada do fornecedor que consta no seu livro registro de entrada, conforme obrigatoriedade da SEFAZ/SP.

Referente às notas fiscais de devolução, afirma que constam informações complementares exigidas por lei, estão escritas no campo de dado adicional das referidas notas fiscais que tem o vínculo com a nota fiscal de origem de compra do fornecedor das seguintes Notas de Devolução: 179, 189, 190, 192, 207, 222, 273, 291.

Quanto ao resultado da revisão efetuada pela autuante, o defendente alega que há obscuridade, contradição e omissão, porque não está devidamente explicado como fato novo criado após já ter sido lavrado o primeiro Auto de Infração. Incluir tais informações em novo cálculo, requer prorrogação do prazo para apresentação de defesa.

Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração. Caso não se julgue pela total nulidade, em análise efetuada pela contabilidade, reconhece como devido o imposto, reduzindo-se a base de cálculo no valor de R\$754.499,98, afirmando que fora comprovada a devolução de compra por impossibilidade comercial. Imposto a recolher no valor de R\$5.449,07.

Às fls. 868/869 (VOLUME IV) esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo encaminhamento do presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a autuante intimasse o defendente para apresentar, no prazo de trinta dias, as Notas Fiscais de devolução ou comprovasse os retornos por meio de documento do estabelecimento fornecedor das mercadorias alegadas.

Recomendou-se que fosse observada a Lei Complementar 123/06 e a Resolução CGSN 94/2011, em relação às questões de destaque do imposto e direito ao crédito fiscal nos documentos fiscais emitidos por empresas do Simples Nacional.

Se apresentada a documentação solicitada, que a autuante excluísse do levantamento fiscal as notas fiscais que comprovassem retorno ou devolução de mercadorias, elaborando novos demonstrativos, apurando o débito remanescente.

Após as providências acima, foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o autuado, fornecendo-lhe no ato da intimação cópias do encaminhamento de diligência, da nova informação fiscal e dos demonstrativos que fossem elaborados pelo autuante, com a indicação do prazo de trinta para o defendente se manifestar.

Em atendimento, a autuante informou às fls. 1242 a 1245 que as comprovações das notas fiscais de devolução foram apresentadas através dos canhotos da nota fiscal de saída/devolução na sua maioria, sem assinatura, somente rubrica, sem identificação clara da empresa e/ou do recebedor (planilha contendo número das páginas no anexo II). Disse que foram apresentadas notas fiscais não eletrônicas a exemplo da nota fiscal 47 de 23/05/2013, (na planilha só tinha Nota fiscal eletrônica), e as notas fiscais de 17811 de 11/04/2014 página 796; 16185 de 04/02/2014, página 799 e 17812 de 11/04/2014 página 802, que não fazem parte do período fiscalizado.

Salienta que todas as notas fiscais de entrada referentes às devoluções foram retiradas da planilha em questão, e foram construídas novas planilhas da antecipação parcial por item, sendo criado novo demonstrativo de débito, fls. 1245 e 1246, reduzindo o débito da infração 01 para R\$66.835,34 e da infração 02 para R\$12.201,28.

Quanto aos pagamentos efetuados com o código de receita 1145 - ICMS Antecipação Tributária, informa que com esse código houve somente em 2013, os constantes nas páginas 725 a 726. Diz que não é da competência da autuante apropriar para o código de receita 2175 - ICMS Antecipação Parcial.

Informa que a demonstração do fato argüido está gravado em mídia CD ROM anexo ao Auto de Infração contendo todos os cálculos detalhados, como também planilhas resumo em papel. Juntou novos demonstrativos de débito às fls. 1246 e 1255.

O defendente se manifestou às fls. 1262 a 1266, afirmando que foram apresentadas todas as provas e a autuante excluiu todas as Notas Fiscais de Devolução, reconhecendo que se equivocou no **lancamento da cobrança anterior. Em relação aos canhotos das notas fiscais alega que a autuante** tem conhecimento de que não há campo exigido por lei para que se coloque o número de documentos pessoais de quem tenha recebido as mercadorias.

Entende que a autuante se equivocou novamente lançando em seu novo demonstrativo de débito duas notas fiscais de devolução que já foram por ela mesma excluídas. São as Notas Fiscais de números 83.593 e 57.486. Diz que não é devido o valor apurado no novo demonstrativo e pede que a autuante reconsidere e elabore nova planilha de cálculo. Pede que seja compensado o valor pago a mais, conforme planilha que elaborou.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante às fls. 1321 a 1323, dizendo que foram excluídas as notas fiscais 83593 e 57486; que foram apropriados valores pagos a mais nos meses de julho e agosto de 2010, fevereiro, março, agosto novembro e dezembro de 2011, abril e maio de 2012. Também informa que foram compensados no mês de referencia os valores do ICMS pago com os códigos de receita 1145 e 1187 e retificados para o código de receita 2175 – Antecipação Parcial, conforme consta no Sistema da SEFAZ – Informação ao Contribuinte, Relação de DAEs referente ao exercício de 2013.

Registra que foram confeccionados novos demonstrativos, apurando a falta de recolhimento no valor de R\$32.716,29 e pagamento a menos no valor de R\$25.860,75, perfazendo um total de R\$58.577,04. Foi elaborado novo demonstrativo de débito à fl. 1324, e todos os demonstrativos (fls. 1325/1330) estão gravados em mídia, sendo entregue ao defendente o arquivo em CD-R e em papel, conforme recibo específico.

Consta à fl. 1341, recibo assinado por preposto do autuado, comprovando que foram recebidos os arquivos eletrônicos relacionados à diligência fiscal e cópia da informação fiscal resultante da diligência realizada.

Consta às fls. 1342 a 1347, extrato do Sistema SIGAT referente ao parcelamento de débito, no valor principal de R\$58.576,84.

## VOTO

O autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que constatou vícios formais. Primeiro, afirma que não está claro na planilha de cálculo qual foi das normas da lei aplicadas em que se enquadra a suposta incidência de diferença de ICMS.

Observo que o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário. São aplicados Roteiros de Fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais, mediante uma sequência lógica, podendo verificar livros e documentos fiscais e efetuar levantamento de dados. No caso em exame, foram realizados levantamentos fiscais relativos à antecipação parcial, inexistindo dúvida quanto à metodologia de apuração do imposto devido.

O defendente apresentou o entendimento de que a autuante não tem competência tributária para lançamentos de cálculos de ICMS; que em desobediência e ao arrepio das Leis e do RICMS-BA foi lavrado o presente Auto de Infração.

De acordo com as alterações promovidas no Código Tributário do Estado da Bahia, pela Lei 11.470, de 08/04/2009, a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, competindo 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 (§ 3º da Lei 11.470/09).



No presente processo, trata-se de empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, conforme Dados Cadastrais do contribuinte à fl. 15 dos autos, estando a autuante em pleno exercício de suas funções fiscalizadoras, conforme estabelecido na legislação mencionada.

Embora a legislação estadual tenha inserido no rol de competências dos Agentes de Tributos atividades que eram privativas dos Auditores Fiscais, para as quais é exigido nível superior em áreas do conhecimento específicas, não se pode negar aplicabilidade ao dispositivo legal que estabeleceu tal competência, e não cabe a este Órgão Julgador declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Dessa forma, não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que o cargo exercido pela autuante permite a realização do levantamento fiscal que resultou no presente lançamento, encontrando-se nos autos a sua completa identificação, inclusive o número de seu cadastro funcional.

A descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos da legislação tributária considerados infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza de cada infração que lhe foi imputada bem como a base de cálculo do imposto lançado.

O defendente também alegou a existência de erro na determinação da base de cálculo, afirmando que o autuante cometeu graves equívocos e vícios que maculam de nulidade insanável o lançamento.

Sobre esta alegação, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”. Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção, o que foi realizado neste PAF. Como se trata de avaliação do mérito da autuação, os erros alegados pelo defendente serão tratados neste voto quando da apreciação do mérito.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, no primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de

fora do Estado, para fins de comercialização, nos meses de novembro de 2010; setembro de 2011; maio a dezembro de 2012; janeiro a setembro de 2013.

**Infração 02:** Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, para fins de comercialização, nos meses de setembro e dezembro de 2010; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2011; janeiro a março, outubro a dezembro de 2013.

As hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O ICMS será recolhido na entrada no território deste Estado, podendo o contribuinte efetuar o recolhimento do imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, se estiver credenciado neste sentido.

O defendente alegou obscuridade, contradição e omissão do lançamento efetuado pela autuante, requerendo seja esclarecido detalhadamente a base de cálculo, alíquotas, os valores do ICMS, detalhando nota fiscal por nota fiscal, correção monetária, juros e acréscimos legais; fato gerador do período de ocorrência tributária.

O autuado também alegou aquisição material para uso e consumo e bens para o ativo permanente do estabelecimento e notas fiscais de prestação de serviços. Apresentou fotos e cópias de documentos relativos a mercadorias devolvidas e conclui que os referidos elementos revelam e mostram que o estabelecimento autuado não é obrigado a ficar com mercadorias vencidas.

Considerando as alegações apresentadas pelo autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal às fls. 868/869 encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que a autuante excluísse do levantamento fiscal as notas fiscais que comprovassem as alegações defensivas, inclusive retorno ou devolução de mercadorias, elaborando novos demonstrativos, apurando o débito remanescente.

Em atendimento, a autuante informou às fls. 1242 a 1245 que as comprovações das notas fiscais de devolução foram apresentadas, e que todas as notas fiscais de entrada referentes às devoluções foram retiradas do levantamento fiscal, sendo construídas novas planilhas da antecipação parcial por item, e criado novo demonstrativo de débito.

Em razão das novas alegações apresentadas pelo defendente, nova informação fiscal foi prestada pela autuante às fls. 1321 a 1323, dizendo que foram excluídas as notas fiscais 83593 e 57486; que foram apropriados valores pagos a mais e foram compensados no mês de referência os valores do ICMS pago com os códigos de receita 1145 e 1187 e retificados para o código de receita 2175 – Antecipação Parcial, conforme consta no Sistema da SEFAZ – Informação ao Contribuinte, Relação de DAEs referentes ao exercício de 2013.

Foram confeccionados novos demonstrativos, apurando a falta de recolhimento (infração 01) no valor de R\$32.716,29 e pagamento a menos (infração 02) no valor de R\$25.860,75, perfazendo um total de R\$58.577,04. Foi elaborado novo demonstrativo de débito à fl. 1324, e todos os demonstrativos foram gravados em mídia e entregue ao defendente o arquivo em CD-R e em papel, conforme recibo específico.

Vale salientar, que de acordo com a fl. 1341, consta recibo assinado por preposto do autuado, comprovando que foram fornecidos os arquivos eletrônicos relacionados ao novo levantamento efetuado pela autuante e cópia da informação fiscal, encontrando-se às fls. 1342 a 1347 extrato do Sistema SIGAT referente ao parcelamento de débito, no valor principal de R\$58.576,84.

Acato as conclusões apresentadas pela autuante e concluo pela subsistência parcial das infrações 01 e 02, conforme o demonstrativo de débito à fl. 1324.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito à fl. 1324, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

#### **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 **152452.0002/14-2**, lavrado contra **ALSEN A. M.M. D. CARVALHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$58.577,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA