

A. I. N° - 152655.0016/14-8
AUTUADO - GISMÁRIO ALVES CARVALHO - EPP
AUTUANTE - MARIA JOSÉ LOPES DA SILVA
ORIGEM - INFAC JACOBINA
INTERNET - 04.04.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-01/17

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO.

a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que a autuante realizou o levantamento sem a necessária “circularização” das notas fiscais arroladas na autuação não se sustenta. Na realidade, trata-se de Notas Fiscais eletrônicas sendo desnecessária a aduzida circularização. Na Informação Fiscal a autuante, acertadamente, acatou a alegação defensiva atinente à existência de duplicidade de uma nota fiscal e excluiu o valor correspondente, reduzindo o valor total do débito. Infração parcialmente subsistente. **b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Diligência cumprida pela autuante, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, apresentou como resultado a redução do valor originariamente apontado no Auto de Infração. Ocorreu que na revisão fiscal a autuante aplicou o desconto de 20%, por entender que o autuado se trata Empresa de Pequeno Porte – EPP, enquanto o impugnante alega que tem direito ao desconto de 60%, por se tratar de Microempresa. Na realidade, no presente caso, descabe a aplicação de qualquer percentual de redução do imposto, haja vista que, nos termos do RICMS/BA/97 e RICMS/BA/12, a condição indispensável para fruição do benefício é de que o recolhimento seja feito no prazo regulamentar. Por óbvio, se houve recolhimento a menos do imposto a parcela não recolhida não pode ser contemplada com o benefício da redução do imposto, pois o seu recolhimento ocorrerá fora do prazo regulamentar. Dessa forma, considerando que a autuante apurou o imposto devido na revisão fiscal realizada concedendo a redução de 20%, os cálculos foram refeitos de ofício para inclusão dos valores indevidamente excluídos. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Indeferido novo pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2014, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$50.519,44, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS 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 de Estado, nos meses de fevereiro, maio e agosto de 2010, janeiro, outubro a dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, setembro a dezembro de 2012, janeiro, março a julho e outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.643,45, acrescido da multa de 60%;
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS 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 de Estado, nos meses de março a outubro e dezembro de 2010, setembro a dezembro de 2011, janeiro, abril a julho, setembro a dezembro de 2012, janeiro a setembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$27.875,99, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 529 a 564 – volume II). Afirma que a autuação está eivada de vícios que a comprometem, sendo certo que será anulada pelo órgão julgador.

No que concerne à infração 1, afirma que não merece prosperar, haja vista que a autuante presumiu que omitiu o registro das notas fiscais apresentadas na relação e, consequentemente, não recolheu o ICMS devido por antecipação. Alega que, mesmo dispondo de todos os mecanismos legais para evidenciar ou elucidar os fatos, preferiu a autuante presumir a ocorrência desses fatos.

Aduz que na situação em tela caberia a autuante através dos termos de cooperação existentes entre os Fiscos estaduais solicitar informações através da técnica de auditoria conhecida como circularização, sobre as dúvidas existentes quanto às operações de aquisição de mercadorias, todavia, equivocadamente, se contentou em presumir o ocorrido. Nesse sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Carlos Nogueira.

Assevera que o ônus da prova é do Fisco, cabendo a autuante no exercício de sua atividade plenamente vinculada, buscar através da cooperação entre os Fiscos estaduais, usando circularizações elucidar suas dúvidas quanto ao recebimento ou não das mercadorias pelo contribuinte. Diz que, no mais, deve a autuante juntar aos autos cópias de todas as notas fiscais presumidamente omitidas e a comprovação de seus respectivos recebimentos, ou seja, os canhotos assinados pelo contribuinte ou seu representante. Salienta que é entendimento unânime que não se constitui crédito tributário com base em planilhas ou em meras presunções.

Alega que os canhotos assinados são de suma importância, posto que conferem um mínimo de materialidade ao levantamento fiscal, que por sua natureza consiste numa presunção relativa de certeza da acusação.

Diz que a simples alegação de presunção de certeza e liquidez, portanto, não afasta a necessidade da Administração Pública de provar, mediante documentação hábil, o fato supostamente tido como infrator, não podendo, de forma alguma, permitir sob o véu de tal presunção, a arbitrariedade de seus atos.

Observa que esse entendimento de exigir a prova de fato negativo é veementemente repudiado pelo nosso ordenamento jurídico processual, e, objetivamente, vilipendia diretamente os dispositivos constitucionais que consagram os Princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, insculpidos, respectivamente, nos incisos LV e LIV, ambos do artigo 5º da Carta Magna.

Frisa que exigir que os administrados façam prova contrária às alegações da Administração Pública, quando isso é possível, mostra-se razoável e absolutamente de acordo com a presunção de legitimidade de que gozam os atos da administração Pública. Porém, do contrário, exigir que se faça prova negativa das alegações para que, assim, indigitada presunção seja afastada, nada mais é do

que fornecer à Administração um ominoso privilégio, ou melhor, mais um privilégio. Sobre o tema transcreve lição de Roque Antônio Carrazza.

Salienta que, de acordo com os ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira, “o ônus da prova é do fisco, não só pelo artigo 142 do CTN, segundo o qual o lançamento é vinculado e da competência privativa da autoridade lançadora, à qual incumbe constatar a ocorrência efetiva do fato gerador, mas também por outros dispositivos de lei, além dos já citados.” Acrescenta que, neste mesmo sentido é a lição de Geraldo Ataliba, citado por Ricardo Mariz de Oliveira. Para James Marins. Registra que também a jurisprudência administrativa e judicial é dominante no sentido de que as presunções não são suficientes para fundamentar os lançamentos tributários. Discorre sobre as presunções legais, absoluta e relativa.

Observa que a autuante lista algumas notas e afirma que não foram recolhidos os valores devidos de ICMS por antecipação parcial, conforme documentação juntada aos autos.

Diz que, segundo as informações levantadas pela autuante, por exemplo, não recolheu o tributo devido referente à Nota Fiscal nº 311432, todavia o valor do ICMS referente a esta Nota Fiscal foi devidamente recolhido. Ressalta que esta Nota Fiscal foi registrada logo após o seu recebimento, conforme determina o artigo 125, § 7º do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97 e o ICMS por antecipação foi devidamente recolhido, consoante DAE anexo (doc. 2).

Consigna que a esta infração totaliza R\$22.643,45, no entanto, as somas dos relatórios e cópias das notas fiscais juntadas ao Auto de Infração totalizam apenas R\$17.788,09. Afirma que a autuante não juntou os relatórios nem as cópias das notas fiscais referente aos valores que estão sendo cobrados no montante de R\$3.484,04 e R\$1.371,32, o que lhe impossibilita de exercer o constitucional direito de defesa, tendo em vista que é impossível defender-se de um cobrança que não sabe a origem.

Relativamente à infração 02, afirma que a pretensão esta eivada de vícios. Alega que o artigo 125, § 7º, do RICMS, determina que o contribuinte regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, que se encontre credenciado, tem até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, para recolher o ICMS devido por antecipação parcial. Diz que, de acordo com o artigo 273 do RICMS, o contribuinte que adquire produtos de estabelecimento industrial que efetuar o pagamento do ICMS antecipação parcial dentro do prazo regulamentar terá uma redução de 60% do valor do imposto. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Diz que se pode concluir que o contribuinte que adquire produtos das indústrias, estando credenciado, terá até o dia 25 do mês subsequente a entrada da mercadoria em seu estabelecimento para pagar o tributo. Alega que a autuante não considerou essa regra, tendo considerado como data base a data da emissão da nota fiscal pelo fornecedor para o cliente (contribuinte) e refez os cálculos desconsiderando o desconto de 60%. Assevera que a Lei é clara, o contribuinte tem até o dia 25 do mês subsequente ao da data da entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Afirma que não cabe ao Fisco presumir a data da entrada da mercadoria no estabelecimento do contribuinte, caso tenha dúvida quanto a esta data deve solicitar dos fornecedores de mercadorias que apresentem a data que a mercadoria foi entregue ao cliente, mediante apresentação dos canhotos das notas fiscais assinados e datados.

Registra que se localiza na cidade de Caldeirão Grande, um local de difícil acesso e afastado dos grandes centros, sendo que a totalidade de seus fornecedores se encontra na região Sul e Sudeste, nos Estados de Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo.

Observa que normalmente as mercadorias compradas são enviadas por transportadoras, o que, devido à dificuldade de formação de cargas para entrega em Caldeirão Grande, leva-se algum tempo para as mercadorias serem entregues. Diz que, em consequência, leva-se algum tempo para a mercadoria entrar no estabelecimento do contribuinte, sendo lógico que o ICMS só será pago, conforme artigo acima citado, no dia 25 do mês subsequente a esse fato, com o desconto de 60%.

Alega que não pode pagar o ICMS antes mesmo de receber a mercadorias, pois esta não é a imposição do artigo 125, § 7º do RICMS, porém, a autuante não fez esta interpretação e desconsiderou em seu cálculo o desconto de 60% do ICMS, conforme estabelecido pelo artigo 273 do RICMS.

Salienta que a autuante utilizou como base para definição da data de pagamento a data da emissão da nota fiscal. Neste sentido, apresenta exemplos extraídos dos próprios relatórios juntados aos autos pela autuante atinentes às Notas Fiscais nºs 543, 25175, 55907, 45348, 13394, 53, 42042, 41807, 1524, 5637, 8446, 98, 51369, 7660, 678, 438400, 96246, 2131 e 12556.

Diz que nos exemplos citados na planilha, mesmo as notas fiscais sendo recebidas dentro de uma normalidade e tendo seu ICMS antecipação parcial recolhido dentro do prazo previsto na Lei, a autuante em seus cálculos desconsiderou o desconto de 60%, sendo que isto aconteceu em todas as notas fiscais examinadas. Ressalta que a planilha é apenas uma amostra.

Assevera que, no mais, várias notas fiscais que sequer constam no sistema da SEFAZ-BA, como emitidas em seu favor foram inseridas no relatório de Fiscalização desta infração. Registra que elaborou uma planilha como amostra.

Diz que, para não restar dúvida quanto a este ponto apresenta planilha, extraída do próprio site da SEFAZ-BA, com a relação de todas as NF-e emitidas em seu favor no período de 01/01/2010 a 31/12/2013.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, sua improcedência. Requer, ainda, caso não seja aceito o pedido, sejam realizados novos cálculos considerando o desconto de 60% das notas que foram registradas na data da entrada das mercadorias no estabelecimento, e que sejam juntados ao processo cópias dos canhotos assinados pelo contribuinte que comprovem o recebimento das mercadorias, assim como, que sejam juntadas aos autos os relatórios e as notas fiscais dos valores citados na infração 01.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 570-A a 577 – volume II). Contesta as alegações defensivas atinentes à infração 01, afirmando que estas não procedem.

Diz que a circularização aduzida pelo impugnante não é mais necessária, haja vista que, com a implantação do sistema da Nota Fiscal eletrônica – NF-e, a emissão do referido documento fiscal é realizada através de banco de dados, e a autorização é feita entre o remetente e a SEFAZ da unidade de origem da mercadoria disponibilizando-se as informações ao destinatário, através de senhas.

Observa que, caso o contribuinte se sinta lesado, deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, para que seja afastado do polo passivo da relação comercial, se, de fato, a operação efetivada, contiver vício.

Admite assistir razão ao impugnante quanto à duplicidade no lançamento da Nota Fiscal nº 311492, arrolada no demonstrativo de fls. 21/22, a qual faz parte do lançamento da infração 2, conforme demonstrativo de fls. 219, 231 e 233. Acrescenta que reconhece o abatimento do crédito reclamado da infração 1, no valor de R\$110,35, totalizando a infração 1 o valor de R\$ 22.533,10.

No tocante à alegação defensiva de se tratar de mera presunção do fato gerador, diz que as NF-e não lançadas no Registro de Entrada, conforme fls. 444 a 451, se encontram descritas nos demonstrativos de apuração do imposto, relativo à antecipação parcial, fls. 13 a 28, 33 e 34, 39 a 76, juntamente com as notas fiscais que foram escrituradas pelo contribuinte, fls. 09 a 12, 30 a 32, 35 a 38.

Ressalta que o impugnante não analisou às 2ºs vias enviadas de todos os demonstrativos e relatórios que fazem parte integrante do Auto de Infração, conforme "AR" nº 497393860 BR, recebido pelo contribuinte em 16/01/2015, fl. 527.

Salienta que antes da lavratura do Auto de Infração foi protocolada toda a documentação, demonstrativos que fazem parte integrante do processo e entregues ao autuado para análise e

verificação do fato gerador apurado, sendo que este devolveu após 30 dias, sem nenhuma justificativa, fl. 578.

Consigna que, após a ciência do Auto de Infração, o autuado protocola a defesa com o mero objetivo de postergar o pagamento do débito.

No que concerne à infração 02, também contesta as alegações defensivas. Registra que a cidade de Caldeirão Grande é vizinha dos municípios de Saúde, Caem - rodovia - BA - 131, Ponto Novo - rodovia - BA - 375, e se situa a 30 km a Sul - leste de Pindobaçu, a maior cidade dos arredores, portanto, não é tão difícil o acesso, como alega o impugnante, sendo mais um motivo para postergar o pagamento da obrigação principal.

Assevera que o impugnante também incorre em equívoco ao alegar que as notas fiscais não estão emitidas em seu favor, haja vista que constam no DAE de pagamento do ICMS antecipação parcial, fls. 79 e 151, conforme demonstrativo que apresenta.

Relativamente a alegação defensiva atinente a entrada da mercadoria no estabelecimento para o pagamento da antecipação parcial, e da redução de 60%, informa que as referidas entradas foram apensadas das data de entrada no estabelecimento, pelo carimbo do Posto Fiscal, e datas de recebimento descritas nas notas fiscais pela empresa, e do levantamento dos pagamentos das duplicatas lançadas no livro Caixa. Acrescenta que, através das notas fiscais, foi detectado que os pagamentos destas foram realizados, nas datas de vencimento, antes de terem entrado no estabelecimento, como é pratica realizada pelo autuado, de registrar as entradas no estabelecimento conforme a sua programação para o pagamento do ICMS antecipação parcial, com desconto, vênia debito à sua conveniência, injustificada aos prazos legais

Observa que, para melhor compreensão da matéria, apresenta planilha para demonstração dos pagamentos duplicadas das notas fiscais descritas nos relatórios.

Diz que, desse modo, da criteriosa análise dos pagamentos das duplicatas-faturas relacionados na planilha, constata-se que a empresa deliberadamente posterga o pagamento do imposto, numa clara infração à norma legal que disciplina o recolhimento da obrigação no caso em concreto, afora a constatação de tratar-se da empresa de pequeno porte, cuja apuração do benefício da redução de 60% não encontra amparo legal.

Registra que consta do presente PAF o Acórdão JJF N° 0362-01/10, da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, fls. 589 a 607, que versa sobre a manutenção do feito acerca de idêntica exigência fiscal, alcançando o mesmo sujeito passivo da obrigação tributária.

Conclui ratificando este item da autuação.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

O autuado cientificado da Informação Fiscal (fls. 738/739 – volume III) não se manifestou.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, considerando que na sessão de julgamento do Auto de Infração em lide, o patrono do autuado se fez presente, ocasião na qual, ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, apresentou algumas alegações não aduzidas na peça de defesa vestibular, no caso:

- que não recebera o CD referente às planilhas e demonstrativos elaborados pela autuante;
- que fazia jus ao desconto de 60%, em face de se encontrar à época dos fatos na condição de microempresa e não empresa de pequeno porte – este fato não fora aduzido pelo impugnante na defesa exordial;
- que todas as Notas Fiscais arroladas na infração 2 foram regularmente escrituradas nos livros Registro de Entradas e o ICMS atinente à antecipação parcial recolhido tempestivamente, descabendo falar-se em recolhimento a menos do imposto;

converteu o feito em diligência à INFRAÇÃO JACOBINA (fl. 745 – volume III), a fim de que a autuante ou outro Agente de Tributos designado adotasse as seguintes providências:

1. Revisasse o levantamento atinente à INFRAÇÃO 2, considerando as datas de entradas escrituradas pelo autuado nos seus livros Registro de Entradas, no período objeto da autuação;
2. Verificasse se procedia a alegação defensiva de que, no período autuado se encontrava na condição de microempresa, razão pela qual fazia jus ao desconto de 60%;
3. Após o atendimento das solicitações acima, elaborasse, se fosse o caso, novos demonstrativos e planilhas com os ajustes e correções que se fizessem necessários;
4. Acostasse aos autos cópia do CD contendo as planilhas e demonstrativos atinentes à INFRAÇÃO 1 e INFRAÇÃO 2, CONFORME ORIGINALMENTE APURADAS NA AÇÃO FISCAL, assim como cópia do CD referente à INFRAÇÃO 2 COM O RESULTADO DA REVISÃO SOLICITADA NOS ITENS 1, 2 e 3 acima.

Também foi solicitado que, após o atendimento da diligência, deveria o órgão competente da repartição fazendária intimar o autuado, entregando-lhe, no ato: cópia do resultado da diligência – planilhas, demonstrativos e outros elementos porventura acostados aos autos – dos CDs referidos no item 4 e do termo de diligência, informando-o, na oportunidade, da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias.

A diligência foi cumprida. A autuante se pronunciou (fl. 748). Relativamente à primeira solicitação contida na diligência, esclarece que na planilha que elaborou foi considerada a data das entradas escrituradas pelo autuado nos livros Registro de Entradas, fls. 749 a 775. Ressalta que, conforme o art. 352-A, § 2º, do RICMS/BA/12, ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Quanto à segunda solicitação, diz que no cadastro da SEFAZ/BA o autuado estava na condição de Microempresa, porém, de acordo com a receita declarada nos PGDAS, que anexou às fls. 776 a 871, assim como com o Relatório de Ocorrências do Contribuinte de fl. 872, a sua condição é EPP, portanto, não fazendo jus a redução de 60%, mas sim de 20%. .

O autuado cientificado do resultado da diligência se manifestou (fls. 878 a 887). Repete os termos da defesa vestibular. Acrescenta que, após determinação de diligência, a autuante alega ter refeito os cálculos considerando a data de entrada dos produtos no estabelecimento, a data escriturada no registro de entradas de mercadorias, todavia, em vez de conceder a redução de 60% do valor do imposto conforme determina o artigo 273, concedeu a redução de 20% sob a alegação de que o contribuinte encontrava-se na condição de EPP e não de ME.

Observa que em conformidade com os novos cálculos apresentados pela autuante a infração que anteriormente tinha o valor principal de R\$27.875,99 foi reduzida para R\$11.839,56. Destaca que o valor remanescente é proveniente da redução de 20% sobre o imposto devido aplicada pela autuante e não 60% conforme havia aplicado.

Salienta que, para definir a redução de 20% como a que o contribuinte tem direito, a autuante alega que, apesar de constar no sistema da SEFAZ que a empresa é Microempresa, com base nas informações do PGDAS, a empresa tem faturamento de Empresa de Pequeno Porte. Alega que, todavia, não observa a autuante que no PGDAS por tratar-se de apuração de imposto e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, o faturamento apresentado é a soma do faturamento da Matriz e da Filial. Ou seja, a empresa não possui faturamento de EPP, mas sim de ME.

Finaliza a manifestação requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência. Requer, ainda, que caso o pedido não seja aceito, fato que acredita impossível tendo em vista a solidez dos fatos apresentados, que seja determinada a realização de diligência para exclusão das notas fiscais inexistentes listada na impugnação inicial; sejam realizados novos cálculos considerando o desconto de 60% das notas que foram registradas na data da entrada das mercadorias

no estabelecimento que, conforme sistema da SEFAZ/BA, está enquadrado na condição de Microempresa; sejam juntados ao processo cópias dos canhotos assinados pelo contribuinte que comprovem o recebimento das mercadorias citadas na infração 1.

A autuante cientificada da manifestação do autuado se pronunciou (fl. 890). Diz que as alegações defensivas de que as informações do PGDAS apresenta faturamento da matriz e filial é infundada, conforme as informações do contribuinte no INC. Salienta que na consulta de dados cadastrais, fl. 890, não consta nenhuma filial dentro do Estado. Ressalta que as outras alegações estão abrangidas na Informação Fiscal de fls. 570 a 572 e fl. 748.

VOTO

Inicialmente, verifico que o Auto de Infração em exame foi lavrado em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente do seu art. 39, estando claramente descritas as infrações 1 e 2, sendo plenamente possível determinar a natureza das condutas infracionais, o sujeito passivo e o montante do débito tributário.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a incorreção de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que pudesse invalidar o lançamento de ofício em exame.

No que tange ao pedido de realização de diligência formulado pelo impugnante, cumpre observar que esta Junta de Julgamento Fiscal, em face das razões defensivas apresentadas oralmente na sessão de julgamento realizada em 26/02/2016, converteu o feito em diligência à Inspetoria Fazendária de Jacobina. Na referida diligência foi solicitado que a autuante ou outro preposto fiscal revisasse o lançamento atinente à infração 2. Elaborasse novos demonstrativos, com as correções e ajustes que se fizessem necessários, se fosse o caso. Também foi solicitado que cópia do CD contendo as planilhas e demonstrativos atinentes à Infração 1 e 2, conforme originalmente apuradas na ação fiscal, assim como cópia do CD referente à infração 2, com o resultado da revisão fiscal realizada fossem acostadas aos autos. Solicitou-se, ainda, que o órgão competente da repartição fazendária, após o atendimento da diligência pelo preposto fiscal, intimasse o autuado, entregando-lhe, no ato, cópia do resultado da diligência – planilhas, demonstrativos e outros elementos porventura acostados aos autos - , dos CDs acima referidos, bem como que o informasse da reabertura do prazo de defesa de 60 dias. A diligência foi cumprida.

Diante disso, não vislumbro a necessidade ou indispensabilidade de realização de nova diligência, haja vista que os elementos constantes dos autos nesta fase processual se apresentam suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide.

Assim sendo, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 1, alega o impugnante que, na situação em tela, caberia a autuante através dos termos de cooperação existentes entre os Fiscos estaduais solicitar informações através da técnica de auditoria conhecida como circularização, sobre as dúvidas existentes quanto às operações de aquisição de mercadorias, todavia, equivocadamente, se contentou em presumir o ocorrido. Alega, ainda, que deve a autuante juntar aos autos cópias de todas as notas fiscais presumidamente omitidas e a comprovação de seus respectivos recebimentos. Ou seja, os canhotos assinados pelo contribuinte ou seu representante.

Certamente que não pode prosperar a argumentação defensiva.

Em verdade, a autuação está fundamentada materialmente em Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelos fornecedores, cuja emissão foi autorizada pelo respectivo código de acesso, sendo que, quando contestada sua presunção de legitimidade, o interessado pode acessá-la eletronicamente para tomar as pertinentes medidas probatórias necessárias à alegação defensiva.

Observo que os documentos fiscais objeto da autuação são os previstos na legislação, sendo que os emitentes registrarem as operações informando-as ao Fisco, cumprindo, dessa forma, obrigação tributária acessória, assim como são os legalmente habilitados para que o Fisco tome conhecimento da ocorrência das operações. Ou seja, o interessado pode acessá-la eletronicamente para tomar as pertinentes medidas probatórias necessárias à alegação defensiva. Assim sendo, não há que se falar em exigência de prova negativa e muito menos em necessidade de circularização.

Materialmente, alega o autuado que, segundo as informações levantadas pela autuante, por exemplo, não recolheu o tributo devido referente à Nota Fiscal nº 311432, todavia o valor do ICMS referente a esta Nota Fiscal foi devidamente recolhido.

Ressalta que esta Nota Fiscal foi registrada logo após o seu recebimento, conforme determina o artigo 125, § 7º do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97 e o ICMS por antecipação foi devidamente recolhido, consoante DAE anexado.

Alega que esta infração totaliza R\$22.643,45, no entanto, as somas dos relatórios e cópias das notas fiscais juntadas ao Auto de Infração totalizam apenas R\$17.788,09.

Afirma que a autuante não juntou os relatórios nem as cópias das notas fiscais referente aos valores que estão sendo cobrados no montante de R\$3.484,04 e R\$1.371,32, o que lhe impossibilita de exercer o constitucional direito de defesa, tendo em vista que é impossível defender-se de um cobrança que não sabe a origem.

Na informação fiscal a autuante admitiu assistir razão ao impugnante quanto à duplicidade no lançamento da Nota Fiscal nº 311492, arrolada no demonstrativo de fls. 21/22, atinente à infração 1, conforme demonstrativo de fls. 219, 231 e 233. Acrescenta que reconhece o abatimento do crédito reclamado da infração 1, no valor de R\$110,35, totalizando a infração 1 o valor de R\$ 22.533,10.

No que tange à alegação defensiva atinente às planilhas que não foram entregues, por certo que a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal para que a entrega fosse feita, inclusive com a reabertura do prazo de defesa, fica afastada.

Entretanto, no que tange à duplicidade de exigência atinente à Nota Fiscal nº 311492, efetivamente, restou comprovada a alegação defensiva, fato inclusive reconhecido pelo próprio autuante na Informação Fiscal que, acertadamente, excluiu do levantamento referente ao mês de novembro de 2011 o valor R\$110,35, totalizando a infração 1 o valor de R\$ 22.533,10.

Quanto à infração 2, conforme consignado linhas acima, o feito foi convertido em diligência para que fosse realizada revisão fiscal. A diligência foi cumprida pela autuante que refez os cálculos considerando como data de entrada das mercadorias no estabelecimento, aquela escriturada nos livros Registro de Entradas do autuado, o que reduziu o valor do débito originariamente exigido no Auto de Infração de R\$27.875,99 para R\$11.839,56.

Ocorreu que na revisão fiscal a autuante aplicou o desconto de 20%, por entender que o autuado se trata Empresa de Pequeno Porte – EPP, enquanto o impugnante alega que tem direito ao desconto de 60%, por se tratar de Microempresa.

Na realidade, no presente caso, descabe a aplicação de qualquer percentual de redução do imposto, haja vista que, nos termos do RICMS/BA/97 e RICMS/BA/12, a condição indispensável para fruição do benefício é de que o recolhimento seja feito no prazo regulamentar.

Por óbvio, se houve recolhimento a menos do imposto a parcela não recolhida não pode ser contemplada com o benefício da redução do imposto, pois o seu recolhimento ocorrerá fora do prazo regulamentar.

Portanto, no caso em exame, a discussão sobre se o autuado se trata de EPP ou ME não tem relevância, pois, tratando-se de recolhimento do ICMS fora do prazo previsto no RICMS/BA, descabe falar-se em redução do ICMS devido por antecipação parcial.

Dessa forma, considerando que a autuante apurou o imposto devido na revisão fiscal realizada concedendo a redução de 20%, os cálculos constantes das planilhas de fls. 749/775 foram refeitos, de ofício, para inclusão dos valores indevidamente excluídos, ficando o ICMS devido neste item da autuação no valor de R\$13.625,94, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DÉBITO - INFRAÇÃO 02				
MESES	ICMS DEVIDO	ICMS RECOLHIDO	DIF. RECOLHER	ICMS S/REDUÇÃO DE 20%
jun/10	3.187,26	2.898,24	289,02	361,28
jul/10	2.915,22	2.772,30	142,92	178,65
ago/10	1.634,60	1.441,86	192,74	240,93
out/10	1.643,01	1.521,34	121,67	152,09
nov/10	3.775,70	3.132,70	643,00	803,75
nov/11	4.285,96	3.249,27	1.036,69	1.295,86
dez/11	7.976,99	5.051,16	2.925,83	3.657,29
jan/12	2.276,42	2.087,79	188,63	235,79
fev/12	5.848,46	3.368,79	2.479,67	3.099,59
jun/12	3.340,47	2.672,43	668,04	835,05
dez/12	2.575,51	2.302,77	272,74	340,93
mar/13	362,95	275,15	319,09	398,86
abr/13	1.252,16	1.023,70	87,80	109,75
jun/13	6.752,78	5.493,15	1.488,09	1.860,11
set/13	3.444,90	3.400,08	44,82	56,03
	51.272,39	40.690,73	10.900,75	13.625,94

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 **152655.0016/14-8**, lavrado contra **GISMÁRIO ALVES CARVALHO – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.269,41**, acrescido das multas de 50% sobre R\$638,21 e 60% sobre R\$35.631,20, prevista no art. 42, incisos I, alínea “b”, item 1 e II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR