

A. I. Nº - 102148.0008/15-7
AUTUADO - RAPHAEL LISBOA ANDRADE (BEBÊ FELIZ) - ME
AUTUANTE - MARCOS VENÍCIUS BARRETO MAGALHÃES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22. 12. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-01/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE FORA DO ESTADO PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MULTA PERCENTUAL. Valor pago intempestivamente do ICMS antecipação parcial faz incidir a multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96. O Auditor Fiscal faz os ajustes necessários e reduz a penalidade aplicada. Infração caracterizada em parte. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE FORA DO ESTADO. CONSTANTES NO ANEXO I, RICMS/BA. RECOLHIMENTO A MENOR. O preposto fiscal excluiu as mercadorias não efetivamente incluídas no rol descrito no Anexo 1 do RICMS/BA, acostados aos autos as provas materiais e demonstrativos analíticos que sustentam as efetivas deduções. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de diligencia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2015, exige crédito tributário de ICMS e multa percentual no valor histórico de R\$31.537,21 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, maio, julho e agosto de 2015. Valor: R\$19.314,04. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de fevereiro, abril, junho e agosto de 2014. Valor R\$12.223,17. Multa de 60%.

Na peça apresentada, o representante do autuado, fls. 210/225, preliminarmente, discorre sobre a tempestividade, reproduz as infrações; argui em relação ao mérito.

Na infração 1, alega a desconsideração do benefício da redução no cálculo da antecipação parcial apenas para a micro empresa comercial, optante ou não pelo simples nacional (ART. 273, RICMS).

Explica que o referido levantamento foi realizado sem considerar algumas especificidades da atividade desenvolvida pelo autuado, em especial, ao benefício da redução no pagamento da antecipação parcial, para ME, quando da aquisição de mercadorias de contribuintes industriais situados em outras unidades da federação à época do fato gerador.

Salienta que muito embora o benefício da redução no cálculo da antecipação parcial apenas para as ME comercial, optante ou não pelo Simples Nacional, no percentual de 60% sobre as aquisições interestaduais, efetuadas diretamente de estabelecimentos industriais, prevista no art. 273 do RICMS/BA tenha sido revogado pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, os seus efeitos só passaram a

viger a partir de 01/01/16.

Diz que na época dos supostos fatos geradores (01/01/2015 a 31/08/2015) o Autuado fazia jus ao referido benefício, o que não foi considerado pelo ilustre Autuante, que errou na vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais prevista no Decreto nº 14.213/2012, nas operações realizadas diretamente com estabelecimentos industriais.

Pontua que o procedimento adotado pela fiscalização vai de encontro à disposição legal, em uma tentativa absurda de aniquilar benefício legal, devidamente reconhecido pelo órgão fazendário, contrariando a segurança jurídica que deve imperar nas relações entre Estado e Contribuinte.

Alega também que não houve fato gerador do ICMS nas notas fiscais canceladas.

Ressalta que o Autuante não analisou tais notas fiscais, que sequer houve efetiva circulação de mercadorias, tampouco transferência de titularidade, que enseje a cobrança do ICMS pretendido pelo Fisco. Relaciona tais notas:

Nota Fiscal nº 4359 – Março/2015 (cancelada pelo emitente)
Nota Fiscal nº 46462 – Julho/2015 (cancelada pelo emitente)

Diz que também não foram consideradas as mercadorias destinadas ao consumo próprio da Atuada (Nota Fiscal nº 2325087). Nesse caso esta sendo exigido ICMS sobre a diferença de alíquotas referente à aquisição de um bem empregado para as atividades da empresa como se ela fosse contribuinte do tributo na acepção constitucional, gerando assim o imposto acrescido de multa, em um contexto totalmente distinto do previsto no art. 4º da LC 87/96. Concluiu que não existe obrigação tributária que respalde a exigência indevida.

Alega ainda que não houve aproveitamento dos créditos de ICMS relativos às aquisições de mercadorias de ME, s ou EPP, s optantes pelo simples nacional.

Lembra que a partir de 1º de janeiro de 2009, as pessoas jurídicas não optantes pelo Simples tiveram reconhecido o direito de aproveitar os créditos de ICMS relativos às aquisições de mercadorias de ME, s ou EPP, s optantes pelo Simples Nacional. Desta feita, o § 1º do art. 23, incluído pela LC 128/08, outorgou ao adquirente não optante pelo Simples Nacional, o direito de creditar-se do ICMS incidente sobre as aquisições de mercadorias de empresas optantes pelo Simples Nacional. Reproduz a Lei Complementar nº 123/06.

Mesmo sabendo que as referidas mercadorias eram destinadas à comercialização, o fiscal elaborou o presente levantamento sem considerar os créditos de ICMS relativos às aquisições das mercadorias, em total dissonância com o disposto nos artigos 58 a 60 da Resolução CGSN nº 94/11, art. 23 da Lei Complementar nº 123/06 e na disciplina estabelecida pela Resolução do Comitê Gestor do SIMPLES Nacional (CGSN) nº 94/11, uma vez que, que não se enquadra nas vedações à utilização do mencionado crédito fiscal. Afirma gritante erro, que reflete insegurança jurídica e insubsistência da infração.

No que pertine à infração 2, ressalva a exigência do suposto recolhimento a menor do ICMS por antecipação na condição de sujeito passivo por substituição relacionadas às compras de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, nos termos do art. 8º, II e § 3º do art. 23 da Lei nº 7014/96 c/c art. 289 do RICMS/BA, no valor total de R\$ 12.223,17.

Discorre sobre o instituto da substituição tributária.

Alega que houve erro no levantamento da base de cálculo para fins de substituição tributária; que foi considerado o benefício da redução no cálculo da antecipação parcial, apenas para as me comercial, optante ou não pelo simples nacional (ART. 273, RICMS), deixando de considerar o benefício da redução no pagamento da antecipação parcial, para ME, quando da aquisição de mercadorias de contribuintes industriais, situados em outras unidades da federação à época do fato gerador.

Assevera que o benefício da redução no cálculo da antecipação parcial, apenas para as ME

comercial, optante ou não pelo Simples Nacional, no percentual de 60% sobre as aquisições interestaduais, efetuadas diretamente de estabelecimentos industriais, prevista no art. 273 do RICMS/BA, tenha sido foi revogado pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, os seus efeitos só passaram a vigor a partir de 01/01/16.

Na época dos supostos fatos geradores (01/01/2015 a 31/08/2015), diz que fazia jus ao referido benefício, o que não foi considerado pelo Fisco, que se apegou erroneamente à vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais prevista no Decreto nº 14.213/2012, nas operações realizadas diretamente com estabelecimentos industriais.

Colaciona as notas fiscais cujo benefício da redução (art. 273 do RICMS) não foi aplicado:

Alega igualmente a existência de produtos não sujeitos à substituição tributária. Nestes termos, o art. 289 do RICMS determina que estão sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, encerrada a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 do referido regulamento.

Diz que produtos não constantes no anexo 1 do RICMS, como o CUEIRO (toalha fralda), ESCOVA DE LIMPEZA PARA MAMADEIRAS, PORTA MAMADEIRAS, TERMOMETRO, MALA, BOLSA, FRASQUEIRA, CANECA, PRENDEDOR DE CHUPETA, COPO, não possuem incidência do ICMS por substituição tributária, não havendo falar em fato gerador da infração oposta ao contribuinte.

Disse que em recente consulta formulada a esta Secretaria da Fazenda, especificamente nos autos do Procedimento Administrativo Fiscal nº 05449120150, a qual resultou no Parecer nº 5432/2015 (documento anexo), o consulente, também microempresa, que atua no mesmo ramo de comércio varejista que o ora impugnante requereu o posicionamento acerca da substituição tributária de determinados produtos de vestuário e acessórios. E a resposta não foi diferente do entendimento consignado nesta peça defensoria.

Diz que foi aplicada ainda de forma equivocada o percentual relativo ao MVA.

Explica que para efeito da substituição tributária, o RICMS estabelece que na ausência de preço único ou máximo de venda, a base de cálculo é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes.

Salienta que a MVA corresponde, portanto, a um percentual que, no entender do Estado, representa a evolução/majoração dos preços das mercadorias e serviços à medida que percorrem as diversas etapas/operações usuais de circulação no mercado. Portanto, afirma ser uma projeção feita pelo Estado acerca do preço final a consumidor que a mercadoria ou serviço alcançará no mercado, exigindo-se do substituto o ICMS que seria devido aos diversos partícipes da cadeia de comercialização (comerciantes atacadistas, distribuidores e varejistas, por exemplo).

Verificou que o ilustre atuante aplicou o percentual errado em relação a diversas mercadorias.

Exemplifica, por amostragem, o equívoco cometido, durante o procedimento fiscal:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>Produto</i>	<i>MVA utilizado pelo Autuante</i>	<i>Observações</i>
22051	bico, mamadeira e chupeta	113,98 %	MVA aplicável: 58,37 % (item 32.2 do anexo 1 RICMS)
57564	bico, mamadeira, chupeta e protetor de seio	113,98 %	MVA aplicado não corresponde ao produto
3728	mamadeira / protetor de mamilo	107,29%	MVA aplicado não corresponde ao produto
30998	mamadeira / massageador dental	107,29%	MVA aplicado não corresponde ao produto

94815	<i>Faixa de parede/massageador dental</i>	102,41% e 107,29%	<i>MVA aplicado não corresponde ao produto</i>
60030	<i>Protetor de mamilo/bico</i>	107,29%	<i>MVA aplicado não corresponde ao produto</i>
25445	<i>Bico/chupeta/mamadeira/escova dental</i>	113,98% e 83,89%	<i>MVA aplicado não corresponde ao produto</i>

Insiste que alguns produtos, na planilha apresentada pelo fiscal, não constam no anexo 1 da substituição tributária, tais como; Clip Mamadeira prendedor / twist clip/ trainer MAM (copo de treinamento), esterilizador de mamadeira para micro-ondas, Pratinho com tampa e colher / kit recém-nascido de higiene / prendedor de chupeta / conjunto de escova de limpeza / conjunto de colher e garfo /conjunto de alimentação termo sensível/ caneca / escova de limpeza / esterilizador para micro-ondas, saboneteira, porta leite em pó / bolsa térmica / colher, aspirador nasal, conjunto escova e pente, escova para mamadeira, cueiro.

Argumenta que a conduta adotada pelo autuante ao realizar o levantamento fiscal demonstra a fragilidade e insubsistência da infração imputada ao contribuinte.

Alega que além dos tais erros, a ação fiscal apresenta em seus relatórios, lançamentos em duplicidade; atribuiu a um determinado exercício, notas fiscais relativas a período de apuração distinto. Forçoso concluir que a presente autuação está eivada de vício material insanável, e não se poderia exigir tributos da autuada, nos termos realizados na ação fiscal, ora impugnada.

Pede que o presente Auto de Infração seja considerado totalmente improcedente, por flagrante cerceamento de defesa e utilização de métodos incompatíveis com os elementos técnicos existentes, conforme argumentos e documentos acostados à peça defensiva. Requer provar tudo o quanto alegado por todos os meios admissíveis em direito. Protesta pela eventual juntada posterior de documentos, bem como, eventual solicitação de diligência, em atendimento ao Princípio da Verdade Material.

Na informação fiscal, fls. 241/256, inicialmente, discorre sobre a Ordem de Serviço, faz um breve histórico do procedimento fiscal. Informa que a fiscalização foi refeita, concedendo 60% de redução na base de cálculo, conforme o aludido art. 273, cujos efeitos foram até 31/12/15 para as mercadorias com natureza de operação 'venda de produção', CFOP 6101, conforme planilhas anexas. Diz que, no entanto, quanto à 'venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro', CFOP 6102 e 'outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado', CFOP 6949 foram mantidas, posto que não são alcançados pelo benefício.

Com relação à infração 1, sobre a redução de 60% do valor do imposto a pagar, diz que a fiscalização foi refeita, concedendo 60% de redução na base de cálculo, conforme o aludido art. 273, cujos efeitos foram até 31/12/15 para as mercadorias com natureza de operação 'venda de produção', CFOP 6101, conforme planilhas anexas. Diz que, no entanto, quanto à 'venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro', CFOP 6102 e 'outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado', CFOP 6949 foram mantidas, posto que não são alcançadas pelo benefício.

Sobre as notas que teriam sido canceladas, pontua que consultadas as duas notas fiscais no portal <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal>, observou que não houve o cancelamento das mesmas, anexando suas cópias no PAF. Mantém a autuação, ressaltando que, em decorrência da alteração no item anterior, a nota fiscal nº 4.539, de 17/03/2015, foi excluída.

Sobre nota fiscal de material de consumo, assinala que a Nota Fiscal nº 2.325.087, de 27/03/15, foi incluída no cálculo da planilha (mercadoria "Kaspersky Internet Security Multidisk"). Explica que com a exclusão da exigência, no mês de março de 2015, esta demanda do contribuinte foi atendida automaticamente.

Sobre os créditos relativos às aquisições de mercadorias de ME, s ou EPP, s optantes pelo Simples

Nacional, informa que 27 (vinte e sete) notas fiscais que não ofereceram crédito, conforme segue: no mês de março n^{os}: 388; 454; 4.359; 4.318; 4.541; 2.217; 2.325.087; 4.382; 1.894; no mês de maio n^o: 264; no mês de junho n^o: 180; no mês de julho n^{os}: 545; 2.901; 555; 394; 46.462; no mês de agosto n^{os}: 1.117; 2.978; 568; 569; 304; 196; 308; 4.757; 53; 2.575; e 1.719.

Observa que após a revisão da fiscalização, verificou-se que não há ICMS a pagar nos meses de março, maio e junho. Prevalecendo as informações fiscais apenas para os créditos de ICMS relativos às aquisições de mercadorias de ME, s ou EPP, s optantes pelo Simples Nacional para os meses de julho e agosto:

Em julho, diz que os créditos das Notas Fiscais n^{os} 545, 2901 e 555 foram lançados agora na planilha; no entanto não foram computados os créditos das Notas Fiscais n^{os} 394 e 46.462, pela falta de informações sobre tais créditos, nas respectivas Notas Fiscais Eletrônicas.

Em agosto, os créditos das notas fiscais n^{os} 2.978; 568, 569, 4.757, 2.575 e 1.719 foram lançados agora na planilha; mas não foram computados os créditos das Notas Fiscais n^{os} 1.117, 304, 196, 308 e 53, pela falta de informações sobre tais créditos, nas respectivas Notas Fiscais Eletrônicas.

Com tais elementos, alterou a exigência para o mês de julho, na ordem de R\$ 9.661,01; no mês de agosto é de R\$ 6.012,28 e o valor total R\$ 15.673,28. Explica que não se concedeu o benefício da redução de 60% do valor do imposto para o mês de agosto pelo fato de que o contribuinte não ter recolhido o imposto de julho de 2015 no valor total, conforme o previsto no Art. 273, do RICMS-BA, Decreto n^o 13.780, de 16/03/2012, que diz que: *"... fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar"*.

Na infração 2 (recolhimento a menor do ICMS-ST):

No argumento A do contribuinte, sobre os créditos relativos às aquisições de mercadorias de Mês ou EPPs optantes pelo simples nacional, informa que a redação originária do art. 273, com efeitos até 31/12/15, é: *"No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar"*. Explica que o benefício fiscal se refere à antecipação parcial, não se estendendo à substituição tributária. Com base nisso, não reconhece essa demanda da defesa.

Quanto ao argumento B (inexistência de incidência do imposto em produtos que não constam do Anexo I), o contribuinte descreve nas fls. 220, relação de mercadorias que não estão no regime da substituição tributária. Informa o fiscal que o contribuinte adicionou o Parecer solicitado pelo contribuinte JOVANNA FERNANDES NAZARIO - ME, Insc. Est. 121.215.945, à GECOT/DITRI, n^o 5432/2015, de 18/03/2015, à fl. 238, decorrente do Processo 05.449.120.150, cadastrado em 17/03/2015, e conforme consta no "INC - Informações do Contribuinte" da DARC - GEIEF, da Secretaria da Fazenda, "Processos Tributários".

Em face ao Parecer emanado da Gerência de Consultas e Orientação Tributária, GECOT, da Diretoria de Tributação, DITRI, diz que verificou que, das mercadorias consultadas, várias delas não constam no Anexo 1.

Quanto ao argumento C, sobre o benefício da redução, diz que as mercadorias que não se encontram na Substituição Tributária foram retiradas da autuação, não necessitando de exercitar o benefício da redução, de acordo com o quadro de fls. 247/251. Explica a situação de cada nota

Explica que o benefício fiscal se refere à antecipação parcial, não se estendendo à substituição tributária. Não reconhece essa demanda da defesa.

Sobre a aplicação da MVA errada (argumento D), oferece no quadro abaixo, as explicações para cada nota fiscal apontada pelo contribuinte autuado:

NF	Descrição da mercadoria	MVA utilizada na fiscalização	Observações Da Defesa	Informação Fiscal
Nº 22.051	Bico, mamadeira e chupeta	113,98%	MVA aplicável: 58,37% (item 32.2 do anexo I RICMS)	Feita a retificação na planilha com base no MVA 58,37% constante no item 32.2, NCM 3924.9, do Anexo 1, do RICMS-BA.
Nº 57.564	Bico, mamadeira e chupeta e protetor de seio	113,98%	MVA aplicado não corresponde ao produto.	Feita a retificação na planilha com base no MVA 58,37% constante no item 32.2, NCM 3924.9, do Anexo 1, do RICMS
Nº 3.728	Mamadeira / protetor de mamilo	107,29%	MVA aplicado não corresponde ao produto.	Feita a retificação na planilha com base no MVA 58,37% constante no item 32.2, NCM 3924.9, do Anexo 1, do RICMS
Nº 30.998	Mamadeira / massageador dental	107,29%	MVA aplicado não corresponde ao produto.	Feita a retificação na planilha com base no MVA 58,37% constante no item 32.2, NCM 3924.9, do Anexo 1, do RICMS
Nº 94.815	Faixa de parede / massageador dental	102,41% e 107,29%	MVA aplicado não corresponde ao produto.	Feita a retificação na planilha com base no MVA 58,37% constante no item 32.2, NCM 3924.9, do Anexo 1, do RICMS
Nº 60.030	Protetor de mamilo / bico	107,29%	MVA aplicado não corresponde ao produto.	Feita a retificação na planilha com base no MVA 58,37% constante no item 32.2, NCM 3924.9, do Anexo 1, do RICMS
Nº 25.445	Bico / chupeta / mamadeira / escova	113,98% e 83,89%	MVA aplicado não corresponde ao produto.	Feita a retificação na planilha com base no MVA 58,37% constante no item 32.2, NCM 3924.9, do Anexo 1, do RICMS

Sobre as mercadorias autuadas que não constam do Anexo I (Argumento E), informa que apesar das Nomenclaturas Comum do Mercosul – NCM, s das mercadorias autuadas corresponderem às apontadas pelo contribuinte, as respectivas descrições não são idênticas àquela constante no Anexo 1, do RICMS-BA, Decreto nº 13.780, de 16/03/2012. Exclui da autuação.

Faz uma associação da descrição das mercadorias elencadas pela defesa e os respectivas NCM: “Clip Mamadeira prendedor (NCM 3924.90.00) / twiswt clip (NCM 3924.90.00) / trainer MAM (copo de treinamento) (NCM 3924.10.00), esterilizador de mamadeira para micro-ondas (NCM 3924.10.00), Pratinho com tampa e colher (NCM 3924.10.00) / kit recém-nascido de higiene (NCM 3924.10.00) / prendedor de chupeta (NCM 3924.10.00) / conjunto de escova de limpeza (NCM 3903.29.00) / conjunto de colher e garfo (NCM 3924.10.00) /conjunto de alimentação termo sensível (NCM 3924.10.00) / caneca (NCM 3924.10.00) / escova de limpeza (NCM 9603.29.00) / esterilizador para micro-ondas (NCM 3926.90.90 e 3924.10.00), saboneteira (NCM 3924.90.00), porta leite em pó (NCM 3924.10.00) / bolsa térmica (NCM 3912.31.19)/ colher (NCM 3924.10.00), aspirador nasal (NCM 3924.90.00), conjunto escova e pente (NCM 9603.29.00), escova para mamadeira (NCM 9603.29; 9603.40.90; e 9603.90.90), cueiro (NCM 9619.00.00)”.

Sobre lançamentos em duplicidade e lançamentos de notas fiscais em período incorreto, diz que esperava que o próprio contribuinte apontasse quais os lançamentos repetidos e notas fiscais de exercícios diversos. Assim não agiu o autuado. Mantida a exigência.

Resume as alterações no PAF: infração 1, de R\$19.314,04 para R\$15.673,28; infração 2, de R\$12.223,17 para R\$2.308,48. Total R\$13.555,45.

Na fl. 376, junta petição acostando as Notas Fiscais nºs 3330, 3420, 60.195, 156895, 94815, 60030, 62255, 99544, 46000, 25445, 22051, 57564, 37288, 30998, 94815, 60030, 25455.

Nova manifestação do contribuinte (fls. 380/384).

Com relação à infração 1,

Sobre a não consideração do benefício da redução no cálculo da antecipação parcial apenas para as me comercial, optante ou não pelo simples nacional (art. 273, RICMS), concorda com o refazimento dos cálculos para as mercadorias com natureza de operação de “Venda de Produção” (CFOP 6101). Mantém, contudo, os argumentos expostos na impugnação inicial, no que se refere às mercadorias

com natureza de operação “*venda de mercadoria adquirida ou recebida por terceiros*” (CFOP, s 6102) e “*outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado*” (CFOP, s 6949).

Sobre a alegação fiscal da impossibilidade de retirada da Nota Fiscal nº 46462 – Julho/2015 (cancelada pelo emitente), visto que no portal respectivo, não há tal registro, requer, em face o princípio da Verdade Material, que lhe seja concedida a possibilidade de comprovar o cancelamento da referida nota fiscal a qualquer tempo, já que não houve a efetiva circulação de mercadorias.

Sobre as notas fiscais de material de consumo, diz que houve concordância fiscal e excluída a exigência do mês de março de 2015.

Em relação ao não aproveitamento dos créditos de ICMS relativos às aquisições de mercadorias de MEs ou EPPs optantes pelo simples nacional, sintetiza que relativamente aos meses de março, maio e junho, inexistem ICMS a pagar; nos meses julho e agosto, diz o fiscal, que as informações sobre tais créditos não permitiram a exclusão da exigência.

Em razão do exposto, em atendimento ao princípio da Verdade Material, pede que lhe seja concedida a possibilidade de comprovar, a qualquer tempo, a referida existência de créditos a qualquer tempo, no que diz respeito às supramencionadas notas fiscais.

Reitera a existência de erro no levantamento; insegurança jurídica e a insubsistência da infração.

No que se refere à infração 2, ratifica as razões de defesa, em face aos créditos nas aquisições de mercadorias de mês ou EPP, s optantes pelo simples nacional.

Reitera a inexistência do ICMS-ST em produtos que não constam no anexo 1. Diz que se manifestara oportunamente. Ratifica as razões sobre as MVA, s com erro. Sobre a existência de lançamentos em duplicidade, pede fazer provas, a qualquer tempo.

Finaliza, requerendo que o presente Auto de Infração seja considerado totalmente improcedente, por flagrante cerceamento de defesa e utilização de métodos incompatíveis com os elementos técnicos existentes, conforme argumentos e documentos acostados à peça defensiva. Requer fazer provas por todos os meios admissíveis em direito, eventual juntada posterior de documentos, eventual solicitação de diligência, em atendimento ao Princípio da Verdade Material.

Por fim, informa o novo endereço da patrona do Autuado, requerendo a retificação do mesmo para: Av. Tancredo Neves, nº 1632 – Sls. 1812/1813 – Torre Norte. Caminho das Árvores, Salvador – BA. CEP: 41.820-020

Nova manifestação do Auditor Fiscal (fls. 387/397).

Sobre a nota fiscal nº 46.462 (fl. 311), informa que a mesma está contida na planilha às fls. 140 e 141, do PAF. Explica que não admitiu antes o seu crédito, porque não houvera destaque do imposto na nota ou indicações nas Informações Complementares. Apresentado o documento, foi feita a verificação do destaque do ICMS no valor de R\$ 578,39. Acusa também a apresentação da nota fiscal nº 46.476, datada de 03/08/2015, com crédito de R\$ 612,83, cuja natureza da operação é CFOP 2201, “*devolução de venda NO/NE/CO*” e, no corpo das Informações Complementares, consta devolução da nota fiscal 46462 DE 31/07/2015 “POR MOTIVO DE NÃO SAIU DO ESTABELECIMENTO”.

Diz que o contribuinte não lançou estas duas notas fiscais na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do mês em foco. Destaca que a Nota Fiscal nº 46.462 foi emitida, mas a Nota Fiscal nº 46.476 informa que as mercadorias daquela foram devolvidas. As duas notas não estão registradas na EFD. Retira a autuação para a nota fiscal em confronto no valor de R\$ 826,28.

Sobre os créditos de ME, s e EPP, s, salienta que somente no dia 27/10/16, a defesa apresentou os documentos fiscais que considerou adequados para refazer a fiscalização.

Em relação à nota fiscal nº 2.978, de 04/08/2015. O crédito de ICMS na ordem de R\$ 8,62 (alíquota de 2,58%, nas Informações Complementares), já houve o aproveitamento do crédito, quando da Informação Fiscal (fls. 244 e 245) e demonstrativo (fl. 291).

Nota Fiscal nº 568, de 11/08/2015. O crédito de ICMS na ordem de R\$194,25 (alíquota de 1,25%, nas Informações Complementares), já houve o aproveitamento do crédito, quando da Informação Fiscal (fls. 244 e 245) e demonstrativo (fl. 291).

Nota Fiscal nº 569, de 11/08/2015. O crédito de ICMS na ordem de R\$16,25 (alíquota de 1,25%, nas Informações Complementares), já houve o aproveitamento do crédito, quando da Informação Fiscal (fls. 244 e 245) e demonstrativo (fl. 291).

Nota Fiscal nº 4.757, de 18/08/2015. O crédito de ICMS na ordem de R\$460,11 (alíquota de 3,41%, nas Informações Complementares), já houve o aproveitamento do crédito, quando da Informação Fiscal (fls. 244 e 245) e demonstrativo (fl. 293).

Nota Fiscal nº 2.575, de 24/08/2015. O crédito de ICMS na ordem de R\$231,04 (alíquota de 2,56%, nas Informações Complementares), já houve o aproveitamento do crédito, quando da Informação Fiscal (fls. 244 e 245) e demonstrativo (fl. 296).

Nota Fiscal nº 1.719, de 28/08/2015. O crédito de ICMS na ordem de R\$183,41 (alíquota de 3,41%, nas Informações Complementares), já houve o aproveitamento do crédito, quando da Informação Fiscal (fls. 244 e 245) e demonstrativo (fls. 299/300).

Concluiu que os créditos apontados pela defesa já foram devidamente aproveitados. Mantem a infração 1, nos termos da informação fiscal anterior.

Sobre as Notas Fiscais nº 62.255 e 62.256, datadas de 29/05/2015, que teriam sido lançadas em duplicidade, explica que constam da planilha do mês de julho de 2015, que é apenas uma intimação datada de 30/11/2015 (fls. 44 e 45). Explica que as duas notas fiscais foram, inicialmente, incluídas nas infrações 01 (fl. 133) e 02 (fls. 198 e 203).

Na infração 01, em relação à nota fiscal nº 62.255, informa que a mercadoria “*Escova de Limpeza Design Rosa*”, NCM 9603.29.00, já teve parecer do autuante na informação fiscal anterior (fl. 248), não foi incluída na exigência, nada foi cobrado sequer demandou qualquer alteração.

Quanto às mercadorias “*Conjunto Escova e Pente Disney 30 Azul*” e “*Conjunto Escova e Pente Disney 30 Rosa*” (fl. 133), também já houve informação fiscal anterior (fl. 249), deste PAF. Lá foi dito que, embora a descrição da mercadoria se assemelhe à constante do Anexo 1, do RICMS-BA, não é a mesma, implicando na retirada da autuação. Diz que retirou os valores cobrados para as duas mercadorias, cujos valores foram: R\$ 28,17 e R\$ 56,35, respectivamente, totalizando R\$ 84,52.

Quanto à nota fiscal nº 62.256 (incluída nas duas infrações), definiu que para as mercadorias que não estão incluídas no regime da substituição tributária, a antecipação parcial fica mantida; sublinha que em alguns casos, a mercadoria sequer foi incluída a exigência (escova de limpeza 2x1 NCM 9603.2900). No caso, mantida a autuação.

Com relação a nota fiscal nº 46.462, informa que excluiu R\$ 826,28 (fls. 140 e 141); sobre a nota fiscal nº 62.255, o valor retirado foi R\$ 84,52; na nota fiscal nº 62.256, nada foi retirado na infração em discussão.

Quanto à infração 2, lembra que a posição do autuado é que se manifestará oportunamente e ainda não o fez. Assinala que na nota fiscal nº 62.256 (fulcro das duas infrações) contém 19 itens de mercadorias os NCM,s. Mantida a autuação em relação apenas ao produto ‘*Bico Orto Silicone Tam*’ - NCM 3924.90.00.

Valores excluídos da autuação: da mercadoria 3, R\$ 34,53; da mercadoria 4, R\$ 34,53; da mercadoria 5, R\$ 34,53; da mercadoria 6, R\$ 24,59; da mercadoria 7, R\$ 24,59; da mercadoria 8, R\$ 24,59; da mercadoria 9, R\$ 113,93; da mercadoria 10, R\$ 60,94; da mercadoria 11, R\$ 67,72; da mercadoria 12, R\$ 14,10; da mercadoria 13, 45,77; da mercadoria 14, 45,77; da mercadoria 15, R\$ 150,83; da mercadoria 16, R\$ 150,83; da mercadoria 17, R\$ 40,04; da mercadoria 18, R\$ 47,80; e da mercadoria 19, R\$ 69,50. Total da exclusão: R\$ 985,59.

A autuação fica reduzida, na infração 01, de R\$19.324,04 para R\$15.673,28 e, em seguida, para R\$2.729,96; na infração 02, de R\$12.223,17 para R\$9.914,69 e, em seguida, para R\$8.829,10.

A autuação total fica reduzida para R\$11.659,06 (fl. 396).

Em nova manifestação (fl. 426), o autuado, ratifica os termos da sua defesa, eventual juntada posterior de documentos e prosseguimento do feito.

O Auditor Fiscal confirma o valor final duas infrações, conforme quadro acostado aos autos, no valor de R\$11.659,06 (fls. 428/429).

E o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a exigência das duas infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão apreciadas nas linhas seguintes.

O autuado alega, preliminarmente, que a ação fiscal tem vícios insanáveis; protesta fazer provar pelos meios de direito admitidos; juntada posterior de documentos; solicitação de diligência fiscal, em atenção ao princípio da verdade material.

O presente Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA, Regulamento de Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN. Não há, em absoluto, vício formal que anule a autuação, considerando que o procedimento fiscal foi manejado de forma a oportunizar o autuado na implementação das suas razões, com os elementos de que dispunha, em defesa das suas teses, com intervenção em vários momentos processuais, integralizando a dialética do contraditório e o devido processo legal.

Fica indeferido o pedido de diligência, nos termos do art. 147, I, RPAF/BA, considerando que os elementos constantes nos autos são suficientes para a apreciação da matéria em litígio.

No que concerne ao requerimento para que todas as intimações sejam realizadas pessoalmente ou por correspondência, com Aviso de Recebimento (AR), dirigidas diretamente no endereço do seu advogado constante dos autos, inexistente óbice para tal, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99. Válido observar que a advogada do autuado presente na sessão de julgamento solicitou que as intimações relativas ao PAF sejam encaminhadas para o endereço do autuado.

No mérito, a primeira infração acusa o autuado de multa percentual em relação ao imposto que deixou de ser pago por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins da comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal com a saída posterior tributada normalmente. Valor da exigência R\$19.314,04. Demonstrativos iniciais acostados aos autos, fls. 103/156.

Após a apreciação dos questionamentos defensivos, juntadas das provas relativas às respectivas alegações, o agente do Fisco prestou as informações pertinentes, refez as exigências iniciais, elaborou novos demonstrativos de débitos, remanescendo, ao derradeiro, os valores de R\$2.729,96 para a primeira infração e R\$8.929,10 para a segunda infração, totalizando R\$11.659,06, conforme Informação de fls. 428/429.

A exigência implica multa percentual, em relação ao imposto que deixou de ser pago por antecipação parcial, no tempo regulamentar.

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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (art. 12-A, da Lei 7.014/96).

Consoante o art. 332, § 2º, RICMS/BA, o recolhimento do imposto por antecipação dar-se-á até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, obedecidos os requisitos ali previstos. Estabelece o art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96, a aplicação da multa 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, por antecipação, inclusive, por antecipação parcial.

O Auditor fiscal discriminou no aludido demonstrativos de débito, mês a mês, as aquisições de mercadorias para fins de comercialização, aplicou sobre base de cálculo devida a alíquota interna, considerou os créditos fiscais, quando pertinentes, confrontou o total apurado com os valores efetivamente recolhidos pelo autuado, consignando o valor não recolhido.

Examinando as peças do presente Processo Administrativo Fiscal- PAF, verifico que o Auditor Fiscal laborou corretamente em relação às notas fiscais nº 4359, nº 46462, que ainda constam como autorizadas no portal <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal>, ao manter a autuação. Compete ao autuado apresentar provas do cancelamento regular das operações. Após a Informação Fiscal, acertada também a exclusão da exigência, na aquisição de material de consumo (nota fiscal nº 2.325.087, de 27/03/15), não compatível com o ICMS antecipação parcial.

Igualmente certo o procedimento fiscal quanto ao aproveitamento dos créditos de ICMS relativos às aquisições de mercadorias optantes pelo Simples Nacional. Sabe-se que, em regra, as microempresas, as empresas de pequeno porte não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional (art. 23, LC 123/06). Ressalvada o direito ao crédito às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, nas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições (art. 23, LC 123/06, § 1º).

A alíquota aplicável ao cálculo do referido crédito deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos anexos da Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa, empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

No caso em concreto, não existiram as informações necessárias, na totalidade das notas fiscais eletrônicas. Os documentos fiscais que não foram emitidos, segundo a orientação legal, de forma a expressar o valor exato do crédito, não foram, corretamente, acatados.

O direito não assiste ao autuado, ainda, no questionamento de desconsideração da redução no cálculo da antecipação parcial, previsto no art. 273, RICMS/BA. Vejamos:

“Art.273 – No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais de produtos por ele fabricados, realizados por contribuintes enquadrados na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta vinte por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar apurado”.

O contribuinte atua neste Estado na atividade de comércio varejista de artigos de vestuários e acessórios – CNAE 4781/4-00, inscrito na condição de normal, está sujeito ao regime de tributação de conta corrente fiscal, nos termos do art. 305, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, Decreto nº 13.780/12. Ocorre que o aludido desconto condicional de 60% nas aquisições interestaduais junto a estabelecimento industrial somente pode ser utilizado nas situações de enquadramento de microempresa e pagamento do ICMS antecipação parcial, no prazo regulamentar. O que não ocorre, no caso.

O Auditor fiscal, nas revisões procedidas nos autos aplicou, indevidamente, a redução do art. 273 do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, Decreto 13.780/12, afirmando ter concedido 60% de redução na base de cálculo, relação às operações de “Venda de Produção - CFOP 6101”; não o fazendo quanto às operações de “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro” - CFOP

6102” e “outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado - CFOP 6949”, porque não são alcançadas pelo benefício. Somente não aplicou a indevida redução, nos meses de julho e agosto de 2015, porque entendeu, também de forma equivocada, que não houve o recolhimento do imposto apurado.

As exclusões procedidas pelo Auditor Fiscal totalizaram R\$3.640,76 (fl. 257).

Para completar, o demonstrativo sintético que reduziu a infração de R\$19.314,04 para R\$15.673,38 (fl. 257), não se faz acompanhar do respectivo demonstrativo analítico, de forma a reproduzir as diversas modificações realizadas, expressando a razão material da exigência. Os diversos relatórios produzidos não se prestaram a tal fim.

Na última revisão fiscal, ao analisar os questionamentos defensivos acerca dos produtos que estariam no regime da substituição tributária, sobre os quais não poderia incidir a antecipação parcial (fls. 387/397), o autuante reconheceu a procedência em parte dessas alegações, reduzindo novamente a exigência em R\$910,80.

Contudo, ao deduzir o aludido valor, o preposto do Fisco o fez novamente em equivoco, considerando ao invés do valor remanescente da infração 01, R\$15.673,28, os valores excluídos da exigência, por improcedente, na primeira revisão fiscal, antes mencionada, R\$3.640,76, reduzindo a infração de forma desacertada para R\$2.729,96. Após os diversos questionamentos, modificações, ajustes, manejados na presente autuação, o valor colhido pela fiscalização deveria ser obtido da redução do novo valor considerado indevido, R\$910,80, em face ao valor remanescente, R\$15.673,28, implicando R\$14.763,08 e não R\$2.729,96 como descreveu o responsável pela ação fiscal.

Embora tenha havido algum equivoco fiscal ao liquidar a infração e o valor efetivamente devido, tal fato não representou óbice para entendimento da acusação fiscal pelo contribuinte, muito menos, qualquer espécie de cerceamento ao seu direito de defesa, considerando que o lançamento de ofício foi constituído regularmente, os dados levantados, as provas e respectivos demonstrativos estão acostados aos autos, evidenciando os valores não recolhidos pelo autuado.

Diante do exposto, resta caracterizada parcialmente a multa percentual, em relação ao ICMS antecipação parcial, não recolhido tempestivamente, no valor de R\$14.763,08.

Na segunda infração, a fiscalização acusa o autuado de recolhimento a menor do ICMS-ST, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação. Valor da exigência R\$12.223,17. Demonstrativos iniciais acostados aos autos, fls. 158/204.

Examinando as peças que instruem a exigência, as impugnações defensivas, as informações fiscais prestadas pelo Auditor Fiscal, o direito não assiste ao autuado no questionamento de descon sideração da redução no cálculo da antecipação parcial, previsto no art. 273, RICMS/BA.

Primeiro, porque a presente exigência não trata de antecipação parcial. Em segundo, porque a redução do art. 273, RICMS/BA somente pode ser utilizada nas situações de enquadramento de microempresa. O contribuinte atua neste Estado na atividade de Comercio varejista de artigos de vestuários e acessórios – CNAE 4781/4-00, inscrito na condição de normal, está sujeito ao regime de tributação de conta corrente fiscal, nos termos do art. 305, do Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, Decreto 13.780/12.

A existência no relatório fiscal de produtos não sujeitos à substituição tributária, conforme consignou o autuado, em sua defesa, além dos erros nos percentuais de MVA, foram corrigidos pelo preposto do Fisco, ao longo da marcha processual, à medida que o representante legal do contribuinte apresentava as provas que sustentavam respectivas alegações. Lançamentos em duplicidade, a existência de operações de exercícios diversos, não foram provados pelo autuado.

Assim é que a exigência inicial foi modificada e reduzida de R\$12.223,17 para R\$2.308,48, de acordo com demonstrativo sintético, colados aos autos (fl. 335), acompanhada da demonstração analítica (fls. 336/373).

Em seguida, na nota fiscal nº 62.256, objeto da análise fiscal, na segunda revisão fiscal, várias mercadorias foram excluídas da exigência porque não efetivamente não estavam incluídas no rol descrito no Anexo 1 do RICMS/BA, importando valor de R\$985,59 (agosto de 2015), conforme descritivo às fls. 393/396).

Embora, também ao quantificar essa infração 2, o Auditor Fiscal tenha se equivocado ao deduzir o segundo valor a ser excluído (R\$985,59) da parcela considerada improcedente, na primeira revisão fiscal (R\$9.914,69), quando deveria deduzir da parcela remanescente, na primeira revisão fiscal (R\$2.308,48), não houve qualquer cerceamento ao direito de defesa ou nulidade da autuação, uma vez que as prova materiais e demonstrativos analíticos que sustentam as efetivas deduções estão presentes nos autos (fls. 336/396). O calculo final equivocado ocorreu por uma imperícia fiscal, sem causar qualquer lesão aos direitos do contribuinte.

Dessa forma, a infração 2, cujo valor na inicial dos autos somou R\$12.223,17. Após a primeira revisão fiscal, excluído o valor R\$9.914,69 (fls. 336/396), foi modificado para R\$2.308,48 (fl. 335). Após a segunda revisão fiscal, excluído o valor R\$985,59 (fls. 393/396), foi modificado para R\$1.322,89 e não para R\$8.929,10, como consignou o Auditor Fiscal.

Posto isso, a infração 2 resta caracterizada parcialmente, no valor de R\$1.322,89.

O Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$16.085,97.

É o voto.

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 **102148.0008/15-7**, lavrado contra **RAPHAEL LISBOA ANDRADE (BEBÊ FELIZ) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.322,89**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$14.763,08**, prevista no inciso II, "d", do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR