

A. I. N° - 225061.0038/14-1
AUTUADO - GILMÁRIA MARIA DA SILVA FERNANDES - EPP
AUTUANTE - CÂNDIDO DE ARAÚJO CORREA JUNIOR
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14. 03. 2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0008-01/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. SIMPLES NACIONAL. É devido o pagamento 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, não enquadradas no regime da substituição tributária, independente do regime de apuração adotado. O autuado comprova pagamento regular da parcela da exigência, antes da imposição de ofício. Infração caracterizada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/05/2014, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS por 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. Período agosto/dezembro 2010; janeiro/dezembro 2011; janeiro/maio e julho/novembro 2012. Valor R\$60.367,14, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 20 a 30) arguindo acerca da legislação e dos fatos aplicáveis ao caso. Diz que analisando as planilhas acostadas aos autos verificou que o preposto fiscal importou do banco de dados das notas fiscais eletrônicas, os documentos que serviram de base à autuação, decorrentes das aquisições de mercadorias para comercialização e tendo efetuado os respectivos pagamentos do ICMS antecipação parcial.

Alega que o autuante cometeu erros crassos na realização do trabalho fiscal, não atentando que tem inscrição regular como empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional e credenciada para recolher o ICMS antecipação parcial, até o dia 25 do mês subsequente. Argui que o fiscal incorreu em erros graves na elaboração das planilhas que embasaram a autuação, sem considerar o desconto de 20% na apuração do imposto recolhido no prazo regulamentar, o cálculo do limite de 4% das receitas ou do valor das entradas internas e interestaduais, inclusive transferência (o que for maior). Aduzindo que o Fisco não pode simplesmente importar os dados da NF - e sem a adoção de demais procedimentos, inclusive pago todo o ICMS exigido.

Alega ainda que no levantamento fiscal foi incluída a exigência de aquisição de calçados (NCM 6404.1909), mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Diz que elaborou novas planilhas demonstrando a apuração do ICMS antecipação parcial recolhido mês a mês, no período da autuação, além dos documentos de arrecadação.

Admite que houve pagamento a menor apenas em agosto de 2010, no valor de R\$238,86, recolhido em 31 de outubro de 2012, conforme DAE que anexa.

Pede diligência pela ASTEC, que o auto de infração seja julgado nulo, nos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF BA ou, ultrapassada, seja julgado improcedente.

A Informação Fiscal foi prestada (fls. 111/112), arguindo que a defesa apresentada não tem coerência, que não foram apresentadas provas da aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária e que utilizou no levantamento fiscal o Processador de notas fiscais eletrônicas.

Diz que o autuado não atentou para a legislação vigente, a classificação de cada produto e que o trabalho fiscal foi muito bem elaborado. Pede que o auto de infração seja julgado procedente.

Diante de diversos óbices examinados que impediam o julgamento da lide, o PAF foi convertido em diligência (fls. 116/117), cujas divergências carecem das providências abaixo:

1 - O preposto fiscal deve reexaminar o levantamento fiscal que determinou o lançamento de ofício, verificando a aplicação das normas de redução do valor do imposto apurado, no caso de antecipação parcial, nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de empresa de pequeno porte, nos termos da legislação do ICMS vigente.

2 - verificar a existência de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Em havendo, deve ser excluída (art. 352-A, § 1º, III, RICMS BA).

3 - confrontar as diferenças existentes nos dois demonstrativos, o fiscal (mídia CD, fl. 13) X autuado (fls. 31/64): Apenas a título exemplificativo, no demonstrativo fiscal do mês de novembro 2011, constam as notas fiscais nº 31.909, 100.662 e 106.743 (oriundas do Estado de São Paulo), notas fiscais nº 85.027, 85.030, 85.034, 85.391, 86.962, 89.437, 89.440, 89.859, 91.262, 94.958 (oriundas do Estado da Paraíba), que não constam nos demonstrativos do autuado.

4 - verificar as operações consideradas pelo Fisco, num determinado mês, enquanto o registro fiscal foi efetuado em mês diverso, impactando o valor da exigência fiscal. Serve como exemplo o mês de novembro 2011, em que as notas fiscais nº 16.129, 114.087, 34.052 e 108.711 (escrituradas pelo autuado em dezembro 2011); notas fiscais nº 31.400 e 6.073 (escrituradas em outubro 2011).

Após exame e revisão, o preposto fiscal modificou o valor exigido para R\$32.487,30, procedendo à exclusão das mercadorias enquadradas na "antecipação total" (fls. 121/122).

Manifesta-se o sujeito passivo sobre a diligência (fls. 129/137), arguindo que mesmo com a redução, a exigência não é devida, uma vez que o autuado teria excluído apenas os valores de aquisições de mercadorias enquadradas no regime ST, mantendo demais inconsistências.

Questiona a referência do Agente de Tributos autuante a uma segunda infração, uma vez que não existe nos presentes autos a suposta infração 02.

Pede que a diligência anterior seja revista pela ASTEC, pela produção de outras provas, inclusive cópias dos DANFES pagos com respectivas memórias de cálculos por cada nota fiscal. Pede a nulidade ou a improcedência do presente Auto de Infração.

O preposto fiscal volta a manifestar-se (fl. 141), afirmando que é uma temeridade as alegações defensivas, que apenas objetiva ganhar tempo.

O órgão julgador converte o PAF em nova diligência (fls.145/146), agora destinada a ASTEC.

Parecer da ASTEC 16/2016 (fls. 147/149) informa o reexame do levantamento, reduzindo o valor da exigência para R\$23.084,13.

Em nova manifestação sobre a segunda diligência (fls. 158/163), argui o autuado que a diligente não fez o seu trabalho, conforme a orientação do órgão julgador. Não recebeu a visita do preposto fiscal, que o intimou apenas através de um e-mail. Diz que ainda preparou memoria de calculo para cada operação, ficando apenas no aguardo da diligente sobre a hora e local da

entrega dos documentos. Foi informado que a diligente sairia de férias; na volta das férias, a mesma não fez contato, e aplicou apenas a redução de 20% sobre os valores de 2010.

Afirma que como a diligente não reexaminou o levantamento fiscal, juntará nos autos, cópia de todas as notas fiscais, com a memória de cálculo, nota a nota.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

Parecer de um preposto fiscal, estranho ao feito (fl. 1912, volume VI) declarou a pedido de autuado que o mesmo não se conforma com o resultado da diligencia, encerrada sem cumprir a determinação da ASTEC e lhe retirando a oportunidade de entregar documentos da intimação.

O órgão julgador converte o processo em nova diligencia (fls. 1914/1915 – volume VI).

Mesmo após as diligências anteriores, redução da exigência para R\$32.487,30 e, em seguida, para R\$23.084,13, o autuado permaneceu inconformado, alegando que não foi intimado regularmente, recebendo apenas um e-mail no escritório do contador.

Alegou que no Parecer ASTEC 16/2016 foi aplicado somente o benefício de 20% sobre os valores de 2010 e sem considerar as memórias de cálculos e demais documentos com levantamento nota a nota (fls.166/1910) que comprovam o cumprimento regular da obrigação tributária.

Pede o órgão julgador que se proceda ao reexame do levantamento fiscal, considerando as datas de efetivos ingressos das respectivas mercadorias e a aplicação das normas da redução de 20% do valor do imposto apurado (art.352-A, § 5º do Decreto 6.284/97 e art. 274 do Decreto 13.780/12), além do limite de 4% das receitas (mais transferências) ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização (inclusive transferências), o que for maior (art.352-A, § 5º do Decreto 6.284/97 e art. 275 do Decreto 13.780/12).

Pede o exame das memórias de cálculos, dos documentos fiscais com levantamento nota a nota, anexados aos autos (fls.166/1910) que, segundo o autuado, comprovam o cumprimento regular da obrigação tributária, o que não foi feito no procedimento anterior;

Pede que seja verificado a existência de operações que constam no demonstrativo fiscal, mas não constam dos demonstrativos do autuado e não houve recolhimento do ICMS antecipação parcial. Apenas a título exemplificativo, no demonstrativo fiscal do mês de novembro 2011, constam as notas fiscais nº 31.909, 100.662 e 106.743 (oriundas do Estado de São Paulo), notas fiscais nº 85.027, 85.030, 85.034, 85.391, 86.962, 89.437, 89.440, 89.859, 91.262, 94.958 (oriundas do Estado da Paraíba). Devem ser confrontados os dois demonstrativos, o fiscal (mídia CD, fl. 124) X autuado (fls. 31/64)

O Parecer ASTEC nº 53/2017 está no seguinte sentido (fls. 1918/1921): Em relação aos itens 1 e 2 da diligencia, diz que foram reexaminados e confrontados todos os dados da revisão fiscal, conforme mídia eletrônica (fl. 124) com os DAE's pagos (fls. 64/107) e com os dados demonstrados na memória de cálculo apresentada pelo autuado (fls. 31/64 e 166/183) e verificado que na planilha do Fisco diversas notas foram lançadas pelas datas de emissão e não pelas datas das efetivas entradas das mercadorias e não consta a aplicação da redução de 20% sobre o valor do imposto apurado.

Em relação ao item 3 da diligencia, diz que foram reexaminados e confrontados todos os dados da revisão fiscal, conforme mídia eletrônica (fl. 134) com os DAE's pagos (fls. 31/64 e 166/183), não sendo apurada nenhuma diferença em relação ao ICMS antecipação parcial.

A diligente da ASTEC apresenta planilha de ICMS antecipação parcial, concluindo que não restou qualquer parcela em aberto.

Cientificados do resultado da diligencia, o autuado (fl. 1965) e o fiscal estranho ao feito responsável (fls. 1967), o primeiro não se pronunciou e o segundo manifestou sua ciência.

É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração exige o imposto no valor de R\$60.367,14, apuração da irregularidade narrada na inicial dos autos, em face ao recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial devido por empresas do Simples Nacional.

O autuado, preliminarmente, pede que o Auto de Infração seja julgado nulo, nos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF/BA; pede diligência realizada por membro da ASTEC.

Verifico, em contrário, que o Auto de Infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF BA (Decreto 7.629/99).

Não houve no presente processo administrativo fiscal - PAF lesão aos direitos do contribuinte; agressão aos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa ou contraditório. Foram elaborados os demonstrativos que dão suporte às exigências, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprovou e o quanto entendeu necessário. Não há falar nulidade dos autos.

Na ausência de elementos para a apreciação das razões do sujeito passivo, o PAF foi convertido em diligência, a fim de sanar as lacunas existentes.

No mérito, o autuado é acusado da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos termos do art. 12-A da Lei 7.014/96.

Em sua defesa, alega o autuado que o preposto fiscal simplesmente importou do banco de dados as notas fiscais eletrônicas, cometendo erros crassos, sem atentar para sua condição de optante pelo Simples Nacional, credenciado para recolher o ICMS antecipação parcial, até o dia 25 do mês subsequente. Argui que não foram considerados os descontos pertinentes para imposto recolhido no prazo regulamentar, nem o limite de 4% das receitas; não atentou para a data da efetiva entrada no estabelecimento, além da inclusão na exigência, a aquisição de calçados (NCM 6404.1909), mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária.

Admite o pagamento a menor, em agosto de 2010, no valor de R\$238,86, recolhido em 31.10.12, conforme DAE que anexa.

Mesmo após a realização de diligência fiscal, em dois momentos processuais, e a redução da exigência R\$32.487,30 e em seguida para R\$23.084,13, o autuado alegou que no Parecer ASTEC 16/2016 (fls. 147/149) foi aplicado somente o benefício de 20% sobre os valores de 2010, sem considerar as memórias de cálculos e demais documentos anexados aos autos. Uma segunda diligência foi designada pelo órgão julgador, de cujo resultado, o autuado voltou a se manifestar em contrário.

Observo que o sujeito passivo se encontra inscrito no Cadastro de Contribuinte desse Estado, explorando, entre outras, as atividades de "*comércio varejista de artigos de vestuários e acessórios*" - CNAE FISCAL 4781/40-0, na condição de empresa de pequeno porte e forma de pagamento com opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional.

O Simples Nacional criado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, é o regime de recolhimento unificado de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte. Entretanto, nem todo tributo será recolhido unificadamente. Algumas hipóteses de incidência foram expressamente ressalvadas, bem como o uso de determinadas técnicas de tributação, como a de substituição tributária e a de antecipação parcial do ICMS, conforme previstas no art. 13, § 1º, da mencionada LC nº 123/2006.

O recolhimento na forma do Simples Nacional, portanto, não exclui a incidência do ICMS devido, nas operações de aquisição em outros Estados e Distrito Federal de bens ou mercadorias destinadas à comercialização, sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor e sem prejuízo das reduções previstas na legislação do imposto.

Alcançado pela fiscalização na falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte, consoante estabelece o art. 125, II, “f” do RICMS BA 97 (art. 332, § 5º, RICMS 12), na entrada no território deste Estado, salvo se o contribuinte for credenciado para o pagamento posterior, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

A fim de dirimir as lacunas existentes nos autos para a apreciação da lide, o órgão julgador determinou uma terceira diligencia a cargo da ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, para que se procedesse ao reexame do levantamento fiscal, considerando as datas dos efetivos ingressos das respectivas mercadorias e a aplicação das normas da redução de 20% do valor do imposto apurado (art.352-A, § 5º do Decreto 6.284/97 e art. 274 do Decreto 13.780/12), além do limite de 4% das receitas (mais transferências) ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização (inclusive transferências), o que for maior (art.352-A, § 6º do Decreto 6.284/97 e art. 275 do Decreto 13.780/12), conforme abaixo:

Art. 352 – Ocorre a antecipação parcial do ICMS.

(...)

§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no § 4º.

§ 6º Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

Portanto, reza a legislação do imposto que o ICMS antecipação parcial incide na entrada da mercadoria (Lei 7.014/96, art. 12-A; § 2º do art. 332, RICMS 12), no período da autuação, devendo ser observados os benefícios da redução de 20% do valor do imposto apurado (art. 352-A, § 5º do Decreto 6.284/97 e art. 274 do Decreto 13.780/12), além do limite de 4% das receitas ou valor das entradas destinadas à comercialização (inclusive transferências), o que for maior, (art. 352-A, § 6º do Decreto 6.284/97 e art. 275 do Decreto 13.780/12).

Verifico que o autuado apurou e recolheu o ICMS Antecipação Parcial no prazo regulamentar, ou seja, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias em seu estabelecimento, com a redução de 20%, observando a aplicação do limite de 4%, da forma como previsto na legislação, várias vezes mencionada. Teve o cuidado, inclusive, de não usar das reduções, quando o pagamento fora feito fora do prazo.

Entrada de produtos enquadrados no regime de Substituição Tributária (calçados); notas fiscais eletrônicas emitidas, mas com entrada no estabelecimento no mês seguinte ao de sua emissão devido ao deslocamento de um estado para o outro para efetuar a entrega da mercadoria, não foram observados pelo preposto fiscal.

Tem razão ainda o contribuinte, na alegação de que a busca das notas fiscais emitidas para o contribuinte, nos banco de dados das Notas Fiscais Eletrônicas, deva ser feita com a ponderação fiscal necessária, cotejando-as com os registros fiscais no autuado, com os DAE's pagos e as memórias de cálculos para cada operação. .

Elogiável, outrossim, o trabalho de defesa do contribuinte autuado, na tentativa de apresentar provas dos efetivos pagamentos do ICMS antecipação parcial das operações discriminadas no demonstrativo fiscal, seja através das planilhas mês a mês que elaborou, dos DAE's que reuniam as diversas notas fiscais contidas no documento de arrecadação, além da juntada das cópias das respectivas notas fiscais, a ainda, memórias de cálculos com o levantamento nota a nota (anexadas aos autos, fls.166/1910).

Contudo, e não obstante ainda o diligente da ASTEC ter exarado Parecer nº 53/2017 (fls. 1918/1921), na terceira diligencia, objetivando que, confrontados os dados da autuação, não restou qualquer parcela em aberto, constatei a ausência de recolhimento das operações a seguir descritas:

NF 7.449	RJ	29/03/2011	BONE CYCLONE DRAW	000	6102	6505.90.12
----------	----	------------	-------------------	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial – valor R\$368,30.

66.732	SP	29/08/2011	BOARDSHORT EZWAY	000	6102	6203.49.00
--------	----	------------	------------------	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - R\$151,19

6.389	SP	13/10/2011	HD BOARD SHORT 011	000	6101	6203.43.00
-------	----	------------	--------------------	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial – valor R\$ 118,32

14.465	RJ	25/10/2011	BONE CYCLONE MICROFIBRA THE INTERNATIONA	000	6102	6505.90.12
--------	----	------------	--	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial – valor R\$186,70

105.712	SP	25/10/2011	BERMUDA COS RASTAFARI MASCULINA PACK C 38	000	6102	6203.43.00
---------	----	------------	---	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$64,95

105.714	SP	25/10/2011	CAM M C SILK SLIM FADER PACK C P	000	6102	6109.10.00
---------	----	------------	----------------------------------	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$18,95

105.716	SP	25/10/2011	BOARDSHORT GIMME THE LOOT MASC IMP PACK B 36	100	6102	6203.43.00	
---------	----	------------	--	-----	------	------------	--

ICMS antecipação parcial - valor R\$56,86

41.704	RS	26/10/2011	BONE NIKE DRI FIT SPIROS VERM	000	6102	6505.90.12
--------	----	------------	-------------------------------	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$111,28

71.618	RS	12/09/2012	MOCHILA NIKE CLASSIC SAND BP AZUL TAM ÚNICO	000	6102	4202.92.00
--------	----	------------	---	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$154,90

3.266	MS	05/10/2012	MOCHILA VENTURA LOTTO PRETO/LARANJA.	000	6102	4202.22.20	
-------	----	------------	--------------------------------------	-----	------	------------	--

ICMS antecipação parcial - valor R\$121,30

191	TO	14/11/2012	PACIFIC BLUE CAMISETA MASC POLO PIQUET LISA	100	6102	6105.10.00
-----	----	------------	---	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$236,88

245	TO	20/11/2012	PACIFIC BLUE CAMISETA MASC POLO PIQUET LISA	100	6102	6105.10.00
-----	----	------------	---	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$236,90

95.554	CE	20/11/2012	MOCHILA FULL CHAMPIONS	000	6101	4202.22.20
--------	----	------------	------------------------	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$62,88

26.996	RJ	05/12/2012	BERMUDA CYCLONE AUST EVOLUTION	000	6102	6203.43.00
--------	----	------------	--------------------------------	-----	------	------------

ICMS antecipação parcial - valor R\$175,50.

Em síntese, além do valor de R\$238,86 (agosto 2010), já admitido pelo próprio contribuinte, resta caracterizada a exigência fiscal por falta de comprovantes, nos autos, do pagamento do ICMS antecipação parcial, nas aquisições acima referidas, nos valores de R\$519,49 (agosto 2011); R\$557,06 (outubro 2011); R\$154,90 (setembro 2012); R\$121,39 (outubro 2012); R\$536,66 (novembro 2012) e R\$175,50 (dezembro 2012), totalizando R\$2.303,86, homologando-se a parcela já recolhida.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$2.303,86.

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 **225061.0038/14-1**, lavrado contra **GILMÁRIA MARIA DA SILVA FERNANDES-EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.303,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, 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, 16 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR