

A. I. N° - 232151.0066/17-0
AUTUADO - WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES EIRELI - ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/05/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0037-04/20

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE - SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Acolhida a nulidade arguida. A exigência foi manejada incorretamente, confusão na natureza jurídica da infração. Impõe-se a nulidade da autuação, por ter sido praticada com preterição ao direito de defesa, em razão da inobservância do devido processo legal. Infração nula. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. Após diligência saneadora, houve diminuição do valor do ICMS exigido. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE - SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Após diligência saneadora, houve diminuição do valor do ICMS exigido. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/12/2017, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$79.476,11, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 07.21.01- Deixou de efetuar recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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 às aquisições de mercadorias proveniente de fora do Estado, no valor de R\$17.228,96, acrescido de multa de 60%.

Infração 02 - 07.21.04- Efetuou recolhimento a menor do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional - referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$40.651,07 acrescido da multa de 60%.

Infração 03- 08.25.01- Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, em razão de responsabilidade solidária, referente às aquisições em outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude do Convênio ou Protocolo, tendo sido feita a retenção a menor, no valor de R\$21.596,08, com multa aplicada de 60%.

O autuado apresentou defesa às fl. 115 a 133, e após transcrever a descrição dos fatos ressalta que a sua única intenção será a de demonstrar equívocos procedimentais existentes no trabalho fiscal levado a efeito pelo autuante.

Em seguida diz que a empresa tem como atividade preponderante o comércio varejista de aparelhos telefônicos celulares, cartões inteligentes Smart Card e Sim Card, pilhas e baterias de pilhas, elétricas, mercadorias estas que estão enquadradas no rol da **Substituição Tributária**. de

modo que as operações de saídas se encontram com a fase de tributação encerrada, ou seja, as operações de saídas não sofrem incidência de nenhuma tributação de ICMS.

Em decorrência do previsto na legislação fiscal, a maioria dos produtos comercializados não sofre tributação quando da sua saída em virtude de ter a sua fase de tributação encerrada por motivo do ICMS ter sido pago pelo regime de substituição tributária ou pelo regime de antecipação tributária tais como: aparelhos de telefonia celular e aparelhos de modem, enquadrados no NCM 85.17J2.13, 85.17.12.19, 85J7.12.31, cartões inteligentes (Smart Cards e Sim Card enquadrados no NCM 85.23.52.00 e baterias enquadradas nos códigos NCM 85.06. 50.10. e 85.06.10.10.

Acrescenta que também negocia com compra e venda de aparelhos de telefonia celular usados, produtos que tem base de cálculo reduzida nas suas operações, conforme prevê o convênio ICM 15/81, assim como aparelhos de telefonia celular usados, adquiridos em empresas telefônicas, (VIVO, TIM, CLARO), que declaram nas notas fiscais de sua emissão que se trata de venda de bem do ativo imobilizado, produtos que tem base de cálculo reduzida nas suas operações, conforme prevê o convênio ICM 15/81 clausula primeira

Diz que comercializa ainda com:

- aparelhos de telefonia celular novos, adquiridos em empresas telefônicas, (VIVO, TIM, CLARO), produtos que tem base de cálculo reduzida nas suas operações, conforme prevê o artigo 266, XVII do RICMS/2012
- compra e venda de SIM CARD, destinados à utilização exclusiva em aparelhos celulares de tecnologia GSM, produtos que tem base de cálculo reduzida em 29,41% nas suas operações, conforme prevê o artigo 266, XVIII do RICMS
- compra e venda de aparelhos e equipamentos de processamento de dados, seus periféricos e suprimentos como partes e acessórios das máquinas da posição 84.71 do NCM, câmeras conectáveis a microcomputadores (“web cams”) NCM 85.25.80.29 e inúmeras outras mercadorias elencadas no inciso XIII do artigo 266 do RICMS, cujo teor transcreve.

Em seguida diz que a Secretaria da Fazenda, com o passar dos anos, vem alterando a legislação, e incluindo cada dia mais, produtos para ser cobrado o ICMS, pelo regime de substituição e/ou antecipação tributária. Mais recentemente instituiu o pagamento de antecipação parcial do ICMS, sobre todas as compras que as empresas realizem fora do Estado.

Após passa a se reportar sobre o procedimento do autuante dizendo que o mesmo deixou de fornecer em formato de papel, os demonstrativos analíticos da forma como apurou o ICMS devido, como determina o art. 8º,§ 3º do RPAF/BA

No que tange a Infração de nº 1, 02 e 03 não apresentou em formato de papel, as cópias das notas fiscais (Danfes) que deram origem aos demonstrativos de apuração do ICMS devido, assim como planilha em formato de papel, (tipo Excel) contendo a relação das notas fiscais de compras, mês a mês, com detalhamento das compras de mercadorias tributadas sujeitas ao pagamento do ICMS referente às infrações citadas infrações, para que autuada pudesse verificar como o mesmo achou os valores devidos, com o cálculo das reduções previstos na legislação tributária em vigor, prejudicando o direito de defesa.

Afirma que os dados contidos no CDR estão confusos, os Danfes estão com datas misturadas, contendo inúmeras infrações que não guardam nenhuma relação ao que está contido no Auto de Infração lavrado pelo autuante. Consta a infração 08.40.03 quando esta infração não está no presente Auto de Infração.

Entende que está caracterizado que os demonstrativos contidos no CDR, estão completamente incorretos, não servindo para qualquer comprovação de cometimento de infração.

Diz que foram constatados inúmeros enganos, tais como: lançar NCM inexistentes, não reduzir a base de cálculo quando dos cálculos da antecipação parcial e também da Substituição Total de produtos elencados no art. 266 e 268 do RICMS e em decorrência destes enganos, os cálculos

efetuados estão incorretos.

A título de exemplo, indica a nota fiscal de nº 24928, datada de 09/01/2012 onde consta a aquisição de telefone celular NCM 85.17.12.31 no valor de R\$ 2.160,55 que está sujeita ao pagamento do ICMS por Substituição Tributária o autuante constituiu o crédito tributário como ICMS Antecipação Parcial.

idem, procedimento ocorreu com as notas fiscais 6474, 6775, 13475, 35023, 13879, 13917, e 8391 todas do mês de janeiro de 2012.

Quanto a nota fiscal de nº 2948 de 20/01/2012 no valor de R\$ 624,00 referente a compra de Câmeras conectáveis - NCM 85.25.80.29 o autuante constituiu o crédito fiscal de Antecipação Parda! com base de cálculo cheia, quando a mercadoria tem carga tributária incidente correspondente a 7%, conforme prevê o artigo 266 com a redação vigente no mês de janeiro de 2012.

Igual procedimento teve o autuante com a mesma nota fiscal citada anteriormente com a compra de Distribuidores de conexões para rede (hubs) que tem o nome mais comum de tablet - NCM - 85.17.62.54. O autuante constituiu o crédito fiscal Antecipação Parcial com base de cálculo cheia, quando a mercadoria tem carga tributária incidente correspondente a 7%, conforme prevê o artigo 266 com a redação vigente no mês de janeiro de 2012.

Ao verificar outras notas, tais como as de nº 14540, 18612, 36722, 15262, 7656, 9375, 7747, 19410, constatou que o autuante cometeu os mesmos erros durante todo o período fiscalizado.

No caso da nota fiscal de nº 20591 de 09/02/2017, trata-se de aquisição de tintas utilizadas como refil para cartuchos de imprimir em impressoras jato de tinta com redução de base de cálculo prevista no art. 266, XIII letra "t" com carga tributária de 7% no período de 01/01/2012 a 31/01/2017 e carga tributária de 12% entre o período de 01/02/2017 até os dias atuais.

O autuante nos seus cálculos constituiu o crédito fiscal considerando a base de cálculo "cheia", ou seja, não aplicou a redução prevista em Regulamento do RICMS.

Todas as notas fiscais de aquisição de "modem" e "roteadores" estão lançadas com o código NCM 85.17.62.62 quando o correto é 85.17.62.5 e 85.17.62.4 cujos produtos têm a base de cálculo reduzida prevista no art. 266, com carga tributária de 7% no período de 01/12/2012 a 31/01/2017 e carga tributária de 12% entre o período de 01/02/2017 até os dias atuais. O autuante nos seus cálculos constituiu o crédito fiscal considerando a base de cálculo "cheia", ou seja, não aplicou a redução prevista em Regulamento do RICMS.

A nota fiscal 15365 referente à compra de mercadorias NCM 85.25.80.29, foi lançada pelo autuante com um item com redução de base de cálculo e com carga tributária de 7%. No outro item, a mesma mercadoria e com o mesmo NCM está no demonstrativo sem a redução prevista no RICMS.

Explica que quando o produto tem a carga tributária de 7%, a tributação é sobre a base de cálculo correspondente a 41,18%. Logo as entradas oriundas de estados com alíquota de 7% não tem antecipação parcial a recolher. Portanto, também as mercadorias do NCM 84.71.41.90 constantes da nota fiscal 437883 de 29/08/2012 não tem antecipação parcial a recolher, ao contrário, do que acusa o autuante.

Afirma que a grande maioria das compras efetuadas referem-se a aquisições de aparelhos de telefone celulares usados ou seminovos. Tais produtos tem redução de 80% na base de cálculo conforme convênio 15/81 conforme citado anteriormente.

Informa estar anexando cópias de notas fiscais de diversos fornecedores, referente compra de aparelhos celulares, aonde consta claramente na coluna Informações Complementares que os produtos são usados ou seminovos. Em algumas das notas fiscais anexadas, consta inclusive que a operação de compra foi efetuada através de leilões de aparelhos usados que as grandes empresas do ramo no Brasil realizam com as mercadorias que as mesmas anteriormente ofereceram no mercado como operação de comodato. É comum as mesmas receberem os aparelhos usados por meio de troca ou entrada em compra de aparelho novo. Posteriormente as

mesmas realizam a venda dos aparelhos usados recebidos por meio de leilão.

Acrescenta que o autuante ainda constituiu crédito de ICMS Substituição Tributária, sobre mercadorias cujas entradas a nota fiscal tem como Natureza da Operação Remessa de Mercadoria ou Bem para Reparo como consta na nota fiscal de nº 143 de 24/03/2017 emitida por Diego Cardoso da Silva e cujas mercadorias não estão sujeitas ao Regime de Pagamento por Substituição Tributária (modelador de cabelo, secador de cabelo, ferro seco, liquidificador, relógios, termômetros, etc.). Constituiu crédito de ICMS Substituição Tributária, sobre mercadorias cujas entradas constam na nota fiscal de nº 027 de 17/02/2016, emitida por Diego Cardoso da Silva e as mercadorias não estão sujeitas ao Regime de Pagamento por Substituição Tributária (prancha de cabelo, cafeteira, bebedouro, ventilador de coluna, sanduicheira, fritadeira, etc.).

Desta forma, o resultado apurado pela fiscalização, simplesmente, não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário da impugnada.

Informa que durante o período que se refere à fiscalização operou em média com 95 % dos seus atos de vendas com mercadorias usadas isentas ou que sofreram tributação pelo Sistema de Substituição Tributária e/ou Antecipação Tributária Total.

Requer em relação as infrações 01, 02 e 03 a elaboração de demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada, constando o valor das compras de mercadorias tributadas e que estejam sujeitas ao pagamento de ICMS Antecipação Parcial e Substituição Total em formato (tipo Excel) e em formato de papel, (excluídas as notas fiscais referentes a aquisições de mercadorias para consumo, ativo permanente, devoluções e entradas de mercadorias para conserto), com as devidas correções e para que a autuada tenha conhecimento de como foi apurado o ICMS devido e possa exercer o legitimo direito de defesa.

Salienta que o autuante também deve abater do valor apurado todos os valores de recolhimento de ICMS Substituição Total que a autuada fez de forma espontânea, ICMS Antecipação Parcial que a autuada fez de forma espontânea e daqueles já constituídos pela Secretaria da Fazenda referente às notificações lavradas no período fiscalizado tais como as de nº 4414530016173 com ocorrência de 28/01/2017 no valor de R\$R\$6.176,90; 2321950036172 com ocorrência de 31/01/2017 no valor de R\$7.133,55; 2321950037179 com ocorrências de 31/01/2017 no valor de R\$1.507,42 e de 21/02/2017 no valor de R\$108,89; 1288670031170 com ocorrência em 14/02/2017 no valor de R\$2.114,70; 1288670069177 com ocorrência de 13/03/2017 no valor de R\$716,10; 2304200038173 com ocorrência de 24/03/2017 no valor de R\$8.276,43; 23219500008179 com ocorrência em 30/11/2016 no valor de R\$11.441,21;232195.0006/17-6 com ocorrência em 31/12/2016, no valor de R\$19.052,13; 128867.0010/17-2 com ocorrência em 17/01/2017, no valor de R\$1.320,00; 232195.0013/17-2 com em ocorrência em 31/12/2016 no valor de R\$7.108,39.

Finaliza dizendo ter restado comprovado que as Infrações 01, 02 e 03, o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, como caracterizar a infração de forma imprecisa e que houve o agravante de constituir crédito tributário de ICMS Substituição Total e também de ICMS Antecipação Parcial, sobre mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação e/ou substituição e deixar também de lançar nos seus cálculos as devidas reduções de base de cálculo previstas na legislação vigente, além de deixar de fornecer os dados dos levantamentos e cópias das notas fiscais (Dantes) em formato de papel, cerceando o direito de defesa, por isso requer a nulidade do Auto de Infração.

Não sendo este o entendimento requer que seja solicitado ao autuante para efetuar demonstrativo analítico das entradas de mercadorias efetuadas pela autuada, através das notas fiscais de compras, com totais mês a mês, constando o valor das compras de mercadorias (Data da Nota Fiscal, Valor da Nota Fiscal, Base de Cálculo, Base de Cálculo Reduzida, Valor do Crédito Fiscal, Alíquota do Crédito, Alíquota do Débito, Carga Tributária, Valor da Glosa do Crédito, Valor do ICMS já pago pela autuada, ICMS reclamado pelo autuante e demais dados esclarecedores), que estão sujeitas ao pagamento do ICMS pelo regime de Substituição Tributária e pelo regime de Antecipação Parcial e dos recolhimentos efetuados em planilhas isoladas por infração cometida e separadas de quaisquer outras infrações apuradas pelo autuante **em** formato de papel e tipo "Excel".

Requer ainda, que seja solicitada ao autuante a devida correção quanto às infrações realmente cometidas e o refazimento da planilha apresentada com as devidas correções em formato tipo "Excel" e que seja reaberto o prazo de defesa por 60 (sessenta) dias.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fl.179/185, diz que em 07/12/2017, constatou as irregularidades já descritas no auto em epígrafe, e discorre sobre as alegações da defesa apresentada, assim discriminadas:

Que a autuada negocia com compra e venda de aparelhos telefônicos celular usados, produto que tem base de cálculo reduzida nos termos do Convênio 15/81, cláusula primeira. Contrapõe em sua informação afirmando que a legislação tributária (Convênio) que trata sobre a matéria de redes para celulares portáteis é o Convênio 135/60 e nela não existe redução da base de cálculo e que o Convênio 15/81, arguido pela defesa, da redução da base de cálculo, refere-se a máquinas, aparelhos e veículos usados. Cita alguns exemplos comerciais de aparelhos celulares e assevera que a legislação de 1981 não trata desses aparelhos objeto da autuação, assim pede que se mantenha o princípio da prevalência da legislação específica sobre a legislação geral.

Argumenta que o aparelho celular nos termos do art. 266, inciso XVII, tem a base de cálculo reduzida de forma que a carga tributária corresponda a 12% desde que autorizada pelo Diretor da Administração Tributária da região do domicílio do contribuinte.

Que Sim Card destinado exclusiva em aparelhos celulares de tecnologia GSM nos termos do art. 266 inciso XVIII, tem base de cálculo reduzida em 29,41, desde que autorizado pelo Diretor do DAT da região do domicílio do contribuinte;

Contrapõe o autuante que esta redução da base de cálculo invocada pela defesa, refere-se a um benefício fiscal condicional, conforme dispõe o art. 266, XVIII, e em assim sendo, o autuado não possui a autorização exigida, logo, não faz jus ao benefício.

Argui ainda o autuado de que os aparelhos e equipamentos de processamentos de dados, seus periféricos e suprimentos indicados no art.266, XIII, tem a base de cálculo reduzida, de forma que a carga tributária corresponda a 12%, vigorando a partir de 01/02/2017, e a que corresponda a 7%, no período de 10/06/2014 a 31/10/2017;

Assevera o autuante que esse benefício descrito no art.266, inciso XIII, combinado com Anexo 5-A, considerado em suas respectivas datas, faltou objetividade por parte da autuada, em indicar em qual caso, o benefício haveria de ser considerado.

Outra alegação do autuado trata sobre o artigo 290, onde dispõe que ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

O autuante contrapõe dizendo que tal argumentação seria razoável, se houvesse pagamento do ICMS, contudo a infração imputada nos autos foi a falta de recolhimento das referidas importâncias, logo se faz inepta esta arguição.

Prossegue o autuado afirmando que o autuante deixou de fornecer em formato de papel os demonstrativos analíticos e planilhas tipo Excel em formato de papel de como apurou o ICMS devido, incorrendo em inúmeros enganos, implicando dessa forma, nos dados incorretos.

O autuante assevera que obedeceu as formalidade legais prevista na legislação como dispõe o art.15 e seus incisos e parágrafos dispostos no RPAF, Decreto 7.629/99, que estabelece a maneira ou critérios de elaborar demonstrativos a serem juntados aos autos. Quanto a planilha Excel, entende ser uma argumentação descabida e desconsiderada, por não existir na argumentação caráter objetivo, sem apontar erro ou equívoco.

Alega também o autuado de que as NFe 24928, 13475, 35023, 13879, 13917 e 8391, mercadorias com NCM 8517.1231, estão sujeitas à substituição tributária e foi constituído crédito como antecipação parcial.

Assevera o autuante que tais NFe, quando possuíam recolhimento, estes foram realizados a

menor, obviamente, quando do demonstrativo do cálculo, traz o valor integral do crédito, e o valor do pagamento deduzido do montante.

Quanto as alegações de que a nota fiscal 2948 com NCM8525.8029 e 8517.6254, foram objeto de antecipação parcial sem a redução da base de cálculo; que a n.f nº20591 (cartuchos de imprimir), não teve base de cálculo reduzida conforme art. 266; que as n.f de aquisição de modem e roteadores, estão lançadas com NCM8517.6262 mas o correto seria 8517.624 e 8517.625 os quais tem base de cálculo reduzida; argui que a n.f 15365 teve item com NCM8525.8029 com base de cálculo reduzida à carga tributária de 7% e que no outro item do mesmo NCM, não teve redução; que as mercadorias constantes da n.f437883 de NCM8471.4190 não tem antecipação parcial a recolher; e ainda que a autuada no período fiscalizado operou em média com 95% das vendas com mercadorias isentas ou enquadradas no regime de substituição tributária parcial ou total. E por todo ao exposto solicita que seja elaborado o demonstrativo de cálculo em papel e em formato tipo excel.

O autuante contradiz, esclarecendo que a n.f 2948 só fazia jus ao benefício da redução, para o item alegado, conforme legislação, a partir de 30/05/2014; quanto a nf 20591, invocando o art. 266, esclarece que no parágrafo 6º desse artigo, não contempla as operações interestadual , sujeita à alíquota do ICMS de 4% por força do disposto na Resolução do Senado Federal nº13/12, que trata de cartucho de imprimir importado, logo, não há aplicação da redução; também na aquisição de modem e roteadores não existe fundamento vez que o benefício só teve eficácia a partir de 30/05/2014; que a nf. 15365, trata-se de importação, logo, a alegação não procede; Prossegue o autuante afirmando que a defesa mostra-se equivocada e confusa no que diz respeito à ST, prevista no Convênio 135/06 que alcança o telefone celular, e quanto ao tablet, não foi mencionado, portanto temos como antecipação parcial para esta mercadoria., e tais mercadorias só farão jus ao benefício, quando destinadas a caráter especificamente educativa.

Finaliza afirmando que a forma de apuração do ICMS, conforme prevê o Regulamento para este perfil de contribuinte é o regime sumário Art. 318 do RICMS. Onde temos que os valores de cada operação deverão ser compensados por operação. O que na verdade foi demonstrado nos autos é que os documentos fiscais (Notas Fiscais Eletrônicas) que constam em seu respectivo Autos de Infração ou Notificações Fiscais foram deduzidos, ou seja, nem fazem parte desse processo, por isso não houve abatimento de Auto ou Notificação fiscal.

Propõe a que seja inepta a defesa por falta de objetividade das alegações falta de indicação de suposto equivoco e a Procedência do Auto de Infração..

Esta Junta de Julgamento Fiscal em sessão suplementar observou que na apresentação da defesa o sujeito passivo arguiu que não pode exercer plenamente o seu direito de defesa em razão de não ter sido disponibilizadas planilhas contendo a relação das notas fiscais de compras que foram objeto do presente lançamento, com detalhamento da apuração do imposto devido.

No mérito, traz várias contestações, em relação a diversos documentos fiscais, além da não consideração de valores recolhidos de forma espontânea além daqueles já constituídos pela Secretaria da Fazenda referente às notificações fiscais que indicou, lavradas no período fiscalizado

Ao analisar os elementos que fundamentam a ação fiscal, verificou-se que a acusação fiscal está em embasada nos Relatórios que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 30, mais especificamente: “06 - Resumo do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF”; 08 - Relação Pagamentos Parciais - no Demonstrativo Cálculo”; “13 - Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal”; “18 - Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação”; “05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário”; e 05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário – Sintético”, entretanto não foi visualizado, mensalmente os valores exigidos no presente lançamento.

Também foi observado que o agente Fiscal não se posicionou em relação aos argumentos defensivos.

Assim o processo foi convertido em diligência à Inspetoria e origem para que o autuante tomasse as seguintes providências:

- elaborasse “*papeis de trabalho*”, para cada infração, demonstrando a forma de cálculo para a apuração do “*o imposto devido*”, totalizando “*mês a mês*”;
- Prestasse nova informação fiscal, relativo a manifestação do defendant de fls. 115/133 dos autos, abrangendo todos os aspectos da defesa, em especial o destaque do sujeito passivo de que não foi abatido os valores de recolhimento de ICMS Antecipação efetuado de forma espontânea e por notificação desta Sefaz.

Após foi solicitada a reabertura do prazo de defesa e havendo manifestação do autuado fosse prestada nova Informação Fiscal.

O autuante ao cumprir a diligência fls. 192 a 193 inicialmente destaca que nenhuma das notas questionadas pelo contribuinte foram lançadas ou cobradas nos demonstrativos que elaborou em cumprimento a diligência.

Informa que foram refeitos os demonstrativos relativos as infrações 1, 2 e 3 conforme planilhas anexas e gravadas em DVR, contendo todos os DANFES, fiscalizados. Quanto às notificações lavradas no período fiscalizado, informa que estão todas sendo consideradas como pagas, conforme relações anexas.

Assevera que em face das alterações o valor do ICMS a ser exigido passa a ter a seguinte configuração:

- infração 07.21.01, valor R\$ 17.228,96;
- infração, 07.21.04, valor R\$ 40.707,23 e
- infração 08.25.01, valor R\$ 20.512,38;

Conclui que o valor histórico passa para R\$78.448,57(setenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e cinquenta e sete centavos) e pede a Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuado foi cientificado via EDITAL DE INTIMAÇÃO nº 142/2019 publicado no Diário oficial em 22 de outubro de 2019, com a concessão de 60 dias para se manifestar, conforme se verifica no documento de fl. 223, uma vez que as intimações via correios foram infrutíferas conforme informações constantes nos Avisos de Recebimentos anexados às fls. 214 e 217.

VOTO

Inicialmente, o defendant suscita a nulidade da presente autuação, alegando cerceamento de defesa, afirmando que:

1. Não foram apresentadas em formato de papel as cópias das notas fiscais (DANFES), objeto do presente lançamento, assim como os demonstrativos de apuração do imposto devido;
2. Os dados contidos no CDR estão confusos, com datas misturadas, contendo inúmeras infrações, que não guardam nenhuma relação com o contido no Auto de Infração.

Razão não assiste ao sujeito passivo em relação ao primeiro argumento, pois todas as cópias dos DANFES, objeto do presente lançamento, e planilhas que deram suporte ao presente lançamento estão inseridas no meio magnético de fl. 30, sendo desnecessária à sua apresentação em meio físico.

Devo registrar, por oportuno, que a referida mídia magnética fora entregue ao contribuinte, conforme se verifica no Recibo de Arquivos Eletrônicos fl. 08, assinado pelo representante legal da empresa, o que lhe permitiu exercer o seu direito de defesa, apresentando inclusive supostos equívocos que a fiscalização teria cometido, o que será apreciado em momento oportuno.

Em relação ao segundo argumento, de fato, observo que a acusação fiscal está embasada nos Relatórios que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 30, mais especificamente: “06 - Resumo

do Demonstrativo Calc Semi Elaborado – UMF”; 08 - Relação Pagamentos Parciais - no Demonstrativo Cálculo”; “13 - Lista de DANFE Indicados para Constituição do Crédito Fiscal”; “18 - Relatório Mercadorias com Crédito Máximo Admitido Restringido pela Legislação”; “05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário”; e 05 - Resumo para Constituição de Crédito Tributário – Sintético”, entretanto, não foi visualizado mensalmente os valores exigidos no presente lançamento.

No intuito de sanar tal falha, o processo foi convertido em diligência, a pedido deste órgão julgador, oportunidade em que foram elaboradas as planilhas analíticas de fls. 195 a 196, (infração 01), 198 a 201 (infração 02) e 202 a 206 (infração 03), assim como demonstrativos sintéticos, fls. 194, 197 e 201.

O sujeito passivo foi intimado via EDITAL DE INTIMAÇÃO nº 142/2019, publicado no Diário oficial em 22 de outubro de 2019, com a concessão de 60 dias para se manifestar, uma vez que as intimações via correios foram infrutíferas, conforme informações constantes nos Avisos de Recebimentos anexados às fls. 214 e 217, porém, o mesmo não se pronunciou.

Ocorre que ao analisar os demonstrativos mencionados, constato que em relação à infração 01, que diz respeito à falta de antecipação tributária total observo que nos cálculos referentes às bases de cálculo do imposto, inseridos nos demonstrativos de fls. 195 a 196, não foram observadas as determinações contidas nos artigos 61 do RICMS/97 e 289 do RICMS/2012, ou seja, não foi adicionado qualquer valor referente à margem de valor adicionado (MVA) .

Diante de tais ocorrências, entendo que o levantamento do débito elaborado pelo agente fiscal não traduz a realidade dos fatos, mesmo após à realização de diligência requerida por este órgão julgador. Os equívocos cometidos no lançamento de ofício comprometem a materialidade da exigência, não sustentam validamente a infração apurada, e impossibilitam o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ressalto que a base de cálculo do imposto deve ser determinada a salvo de qualquer imperfeição, e indispensável que seja demonstrado, de forma comprehensiva, o método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao seu entendimento, o que não ocorreu no presente caso.

Os defeitos retro alinhados, são motivadores de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), determinando, em consequência, a nulidade da infração 01.

No mérito, a infração 02 trata de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação parcial em operações de aquisições interestaduais, enquanto que a infração 03 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade solidária, referente às aquisições de outra Unidade da Federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, tendo sido feita a retenção a menor,

Como esclarecido nas preliminares, em cumprimento à diligência solicitada por este órgão julgador, o autuante, após esclarecer que as notas fiscais apontadas na peça defensiva não foram objeto de exigência no presente Auto de Infração e que todos os pagamentos efetuados espontaneamente pelo contribuinte, assim como os que foram objeto das notificações fiscais indicadas, foram considerados nos novos cálculos que procedeu, demonstrados nas planilhas de fls. 197 a 206.

Acolho as alterações promovidas pelo autuante, entretanto, ao analisar os demonstrativos sintéticos referente, à apuração do imposto devido, relativo às infrações 02 e 03, observo que em determinados meses foram exigidos valores que não foram objeto do presente lançamento, e em outros, maiores que o autuado. Como neste momento não se pode exigir valores em meses que não foram objeto do presente lançamento nem agravá-los, o ICMS a ser exigido na infração 02 é de R\$1.458,65, e na infração 03 de R\$ 658,19, respectivamente, conforme demonstrativo a seguir.

Infração 02				Infração 03		
data ocor	A. Infração	Diligência	Devido	A. Infração	Diligência	Devido
ago-12	34,93		-	-	-	-

dez-13	4,59		-	160,33	-	-
jan-14	-	-	-	-	51,94	-
mar-14	-	-	-	95,73	-	-
jul-14	-	-	-	44,45	-	-
ago-14	427,31	-	-	-	44,44	-
set-14	6.855,15	15,67	15,67	-	-	-
out-14	-	6.724,34	-	-	-	-
nov-14	5.619,43	-	-	-	-	-
dez-14	3,12	4.213,46	3,12	-	-	-
jan-15	-	1.420,70	-	-	-	-
fev-15	798,42	-	-	-	-	-
mar-15	7.505,97	798,41	798,41	-	-	-
abr-15	-	7.542,79	-	-	95,73	-
mai-15	1.043,12	-	-	1.209,59	-	-
jun-15	-	1.020,79	-	-	996,68	-
jul-15	-	-	-	-	85,85	-
ago-15	10.433,38	-	-	2.044,47	-	-
set-15	-	9.837,49	-	312,12	1.597,84	312,12
out-15	5.524,41	577,51	577,51	992,23	312,11	312,11
nov-15	-	5.474,97	-	-	1.012,69	-
dez-15	829,43	-	-	16.703,20	-	-
jan-16	-	633,33	-	33,96	16.277,14	33,96
fev-16	-	-	-	-	37,96	-
mar-16	1.399,15	-	-	-	-	-
abr-16	58,94	1.892,00	58,94	-	-	-
mai-16	1,61	58,94	1,61	-	-	-
jun-16	1,29	1,61	1,29	-	-	-
ago-16	85,84	-	-	-	-	-
jul-16	-	1,30	-	-	-	-
jul-17	22,88	-	-	-	-	-
ago-17	2,10	80,18	2,10	-	-	-
set-17	-	413,74	-	-	-	-
Totais	40.651,07	40.707,23	1.458,65	21.596,08	20.512,38	658,19

Assim sendo, subsiste parcialmente as infrações 02 e 03.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA Parcial do Auto de Infração, no valor total de R\$2.116,84.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232151.0066/17-0, lavrado contra **WEBFONE COMÉRCIO DE APARELHOS TELEFÔNICOS CELULARES EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para pagamento do imposto no valor de **R\$2.116,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR