

A. I. N° - 294888.0003/20-3
AUTUADO - TEC – WI COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS WIRELESS LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/03/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-04/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE ECOLHIMENTO. Restou comprovada a falta de pagamento do ICMS devido por antecipação parcial. Autuado não logrou êxito em comprovar o não cometimento da acusação fiscal e nem provou ter recolhido o imposto nas saídas. Infração subsistente. Indeferido pedido de diligência fiscal. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/03/2020, exige crédito tributário no valor de R\$1.258.011,11, acrescida da multa de 60% - Demonstrativo às fls. 14 a 17, 39 a 45 e 129 a 136, em razão da Infração 01 - 07.24.03 - falta de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a dezembro de 2017.

O Autuado apresenta Defesa, fls. 185 e 198, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal e de observar sua tempestividade por estar de acordo com a previsão estatuída pelo Dec. nº 19.886 de 30 de julho de 2020, alinha suas razões de defesa conforme resumo a seguir apresentado

Destaca que, ao contrário do que determina a legislação de regência, a presente autuação foi lavrada pela autoridade fiscal sem que tenha sido realizado qualquer ato de fiscalização prévio. Ou seja, não foi instaurado Termo de Início de Procedimento Fiscal, não foram requisitadas quaisquer informações sobre as operações questionadas, bem como não lhe foi oportunizado prazo para apresentar justificativas ou esclarecimentos que entendesse cabível antes que fosse lavrado o presente Auto de Infração.

Registra que o Autuante não observou o quanto disposto no art. 28, do RPAF-BA/99, que dispõe que a autoridade fiscal que realizar tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária deverá lavrar Termo de Início de Fiscalização ou Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos. Prossegue destacando que o referido artigo, ainda determina que é dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada no trânsito de mercadorias e relativa à prestação de serviço de transporte.

No entanto, apesar da resumida descrição da infração que lhe foi imputada não se trata o caso em análise das hipóteses descritas no dispositivo regulamentar supra citado, o que se evidencia que o Auto de Infração lavrado não observou os requisitos da legislação baiana para a regular instauração e condução do processo administrativo fiscal.

Revela que, nesse contexto, o art. 18, do RPAF-BA/99, determina que são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa.

Assinala que a partir da leitura e análise dos artigos supra transcritos, não há qualquer dúvida sobre a nulidade do Auto de Infração, que não observou os requisitos básicos de validade

estabelecidos pela legislação, ao proceder com a lavratura do Auto de Infração sem a lavratura do Termo de Início de Fiscalização ou qualquer intimação prévia para que fossem prestados esclarecimentos ou apresentadas justificativas sobre as operações analisadas.

Afirma que no presente caso, não se trata, tão-somente, do descumprimento dos requisitos do RPAF-BA/99, mas sim, do dever do Autuante em verificar a divergência durante a fase fiscalizatória, e de abrir o prazo para manifestação do Contribuinte, solicitando esclarecimentos sobre as supostas divergências ou irregularidades encontradas.

Prossegue aduzindo que, após sua manifestação, no decorrer do procedimento fiscalizatório, poderia o Autuante lavrar a autuação caso as inconsistências permanecessem sem qualquer explicação ou caso fosse constatada infringência à legislação de regência. Continua ponderando não ter sido o que ocorreu no presente caso, uma vez que o Autuante lavrou o Auto de Infração sem qualquer questionamento prévio, incorrendo em evidente afronta aos princípios da ampla defesa e da verdade material.

Frisa que o processo administrativo tributário deve se pautar pela busca da verdade material. Prossegue assinalando que pelo referido princípio devem ser conhecidos e comprovados os fatos que ensejam a incidência tributária, não se admitindo presunções sobre a hipótese de incidência do fato gerador no caso concreto.

Registra que, diante do ordenamento jurídico vigente, deve o aplicador da norma assumir postura consentânea com os postulados básicos que regem o Sistema Tributário Nacional, os quais se encontram explícita ou implicitamente contidos na disciplina fixada pela Constituição Federal de 1988. Destaca que, caso não guarde observância a tais ditames, a autoridade fiscal incorrerá em flagrante abuso em relação aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte, como de fato se verifica no presente caso.

Relembra que a Administração Pública deve obediência a alguns princípios que norteiam o trabalho fiscal, como se verifica no art. 2º, do RPAF-BA/99, cujo teor reproduz. Por isso diz ser necessária a obediência pela Administração Pública aos princípios básicos que estão consubstanciados em regras de observância permanentes e obrigatórias, quais sejam, legalidade, moralidade, impensoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

Invocando ensinamentos de Hely Lopes Meirelles destaca que pelo princípio da legalidade se observa que toda atividade da Administração Pública deve se pautar nos ditames da lei.

Sustenta ser inadmissível qualquer ação discricionária do Estado, por mínima que seja, quando seu objeto for a transferência forçada e definitiva de parcela do patrimônio privado para o Erário (imposição tributária).

Arremata ser necessária a obediência pela Administração Pública aos princípios básicos que estão consubstanciados em regras de observância permanentes e obrigatórias, quais sejam, legalidade, moralidade, impensoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público.

Assevera ainda que o lançamento tributário deve irrestrita obediência à lei, da qual decorre o conhecido princípio da estrita legalidade, já acima mencionado, e ainda, os princípios da verdade material e do inquisitório na investigação dos fatos tributários e, em última instância, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Revela que por força destes princípios e seus postulados, além do exposto acima quanto à formalização do ato de lançamento, a Autoridade Fiscal não está limitada aos meios de prova proporcionados pelo contribuinte em atenção ao seu dever de colaboração ou pelas informações que o contribuinte presta, em cumprimento às obrigações acessórias determinadas pela legislação em vigor.

Diz restar demonstrado que a presente autuação foi lavrada sem a observância dos requisitos estabelecidos pelo RPAF-BA/99, tendo se eximido o Fisco estadual de realizar qualquer apuração da realidade dos fatos através da indispensável observação do princípio do contraditório e ampla defesa, o Auto de Infração deve ser cancelado em razão de nulidade insanável.

Em que pese a total impossibilidade de manutenção da presente autuação fiscal diante da questão preliminar acima referida, passa também a refutar o mérito do Auto de Infração.

Inicialmente, destaca ser uma das maiores distribuidoras de soluções Telecom do Brasil, atuando desde 2005 no mercado de tecnologia. As operações da Impugnante contribuem para o crescimento do setor, especialmente no Estado da Bahia, oferecendo produtos e as melhores soluções para Provedores de Internet FTTX (Fibra Óptica) e Wireless, WiFi Empresarial e Residencial, Telefonia IP, e CFTV.

Destaca que ao longo desses anos, aperfeiçoou seus produtos, serviços oferecidos e suas operações, sempre conectado aos mais modernos avanços tecnológicos para conectividade indoor e outdoor. E, no desenvolvimento de suas atividades, sempre cumpriu com todas as obrigações tributárias, sejam elas principais ou acessórias. Frisa que a filial localizada no Estado da Bahia sempre manteve em dia o recolhimento de seus tributos e o cumprimento das obrigações acessórias vinculadas, possuindo regularidade fiscal. Observa que, no entanto, sem que tenha sido realizado qualquer trabalho prévio de fiscalização, lhe dado ciência sobre as supostas irregularidades identificadas, o presente Auto de Infração foi lavrado pela Autuante.

Afirma que o Auto de Infração ora impugnado foi lavrado por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial na aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, como previsto no art. 12-A, da Lei nº 7.014/96.

Relata que apesar de ter havido operações em que, por equívoco, deixou de recolher o ICMS relativo à antecipação parcial na entrada das mercadorias no Estado da Bahia, as operações de saída subsequentes foram devidamente tributadas, tendo havido o recolhimento do imposto nas operações de venda posteriores às aquisições interestaduais nas quais seria exigível a antecipação.

Assevera que, ao destacar o ICMS na saída do produto, recolheu o valor do ICMS ao Estado da Bahia, eis que, inexiste na autuação lavrada qualquer menção ao não recolhimento do ICMS na saída dos produtos.

Assinala que em situações como a presente, o §1º, do art. 42, da Lei 7.014/96 dispensa a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, nas hipóteses em que o imposto devido nas operações subsequentes tiver sido recolhido pelo contribuinte.

Afirma que a partir da leitura do §1º, do art. 42, acima transcrito se verifica que, havendo recolhimento nas operações subsequentes é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se a penalidade da alínea “d”, do inciso II, do art. 42.

Continua destacando que este é exatamente o caso dos autos, pois, em que pese ter havido equívoco procedural que resultou na ausência de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial na entrada das mercadorias adquiridas no Estado da Bahia, o imposto foi devidamente recolhido nas operações de saída subsequentes.

Informa que, por ocasião da venda das mercadorias objeto da autuação, destacou o ICMS incidente na operação de saída e recolheu o imposto ao Estado da Bahia, se creditando do valor do ICMS recolhido, conforme autorizado pela legislação de regência.

Observa que o CONSEF, ao analisar situação idêntica à presente, já se posicionou no sentido de que, comprovada a tributação regular nas operações subsequentes é cabível apenas a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, inciso II, alínea “d”.

Frisa que os acórdãos de NOS CJF 0130.12/06 e CJF N° 0350-12/18, cujas ementas reproduz, analisando situações idênticas à dos autos (falta de recolhimento da antecipação parcial, com tributação regular na saída das mercadorias) concluíram que, considerando que as mercadorias tiveram tributação regular nas operações subsequentes, aplica-se apenas a multa equivalente a 60% do imposto não antecipado.

Observa que cabia à Autuante demonstrar que não teria recolhido regularmente o ICMS na saída das mercadorias, ônus do qual se desincumbiu, tendo em vista que a autuação se limita a exigir o ICMS devido a título de antecipação parcial, sem qualquer análise quanto à tributação das mercadorias nas saídas posteriores.

Frisa que, no presente caso, tributou regularmente a operação de saída subsequente das mercadorias objeto da autuação, não havendo qualquer irregularidade quanto a este ponto. Tanto é assim que a Autuante não apontou qualquer irregularidade quanto às operações de saída, limitando-se a exigir o imposto que seria devido por antecipação parcial.

Destaca que a Autuante possuía todas as ferramentas e meios necessários para realizar esta comprovação. Isto porque, todas as suas informações fiscais e contábeis estão à disposição da fiscalização para análise, não havendo, quanto à tais documentos, irregularidade alguma ou fato que os torne imprestáveis.

Assinala que, se tivesse a Autuante observado o procedimento fiscal adequado, com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e intimação para prestar informações sobre as supostas irregularidades, teria concluído pela impossibilidade da exigência no caso em análise, exatamente por terem sido devidamente tributadas as operações de saída (basta uma simples análise dos registros fiscais da Impugnante para se concluir pela regular tributação nas saídas).

Frisa que, ao destacar o valor do ICMS na Nota Fiscal de saída recolheu tal valor aos cofres estaduais, não podendo a Autuante desconsiderar tal fato para proceder a lavratura da autuação para a cobrança do imposto, sob pena de cobrar imposto em duplicidade.

Ressalta que a conduta não trouxe qualquer prejuízo ao Erário, haja vista que, ao se considerar o ICMS destacado na saída das mercadorias beneficiadas, o efeito fiscal da operação é nulo.

Afirma que tanto houve o correto destaque e recolhimento do ICMS na operação, que não há questionamento por parte da fiscalização sobre o recolhimento dos valores nas operações de saída, mas apenas sobre a ausência do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial.

Diz restar claro que não ocorreu qualquer prejuízo ao Erário, tampouco há imposto a se exigir, pois ficou comprovado que o imposto devido foi devidamente recolhido na saída das mercadorias. Além disso, manter a autuação seria cobrar imposto indevido, caracterizando o vedado enriquecimento ilícito do Estado, eis que somente seria devido se não tivesse sido apurado o imposto na saída/venda dos produtos.

Reafirma, que antes da lavratura do Auto de Infração, deveria a autoridade administrativa ter procedido à análise quanto à correta tributação da saída subsequente das mercadorias, especialmente em razão da disposição contida no §1º, do art. 42, da Lei n° 7.014/96 (que determina que, nos casos em que o contribuinte recolher o imposto nas operações de saída posteriores é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação).

Sustenta que deveria o Autuante ter verificado se, no período autuado, teria deixado de recolher o ICMS devido nas saídas posteriores da mercadoria para, só então, cobrar o imposto por meio do Auto de Infração. No entanto, afirmam que a Autuante procedeu ao lançamento de ofício para exigir o ICMS relativo à antecipação parcial deixando, contudo, de verificar a correta tributação das saídas posteriores (o que afasta a exigência do tributo no caso em análise).

Observa que, quando da lavratura do Auto de Infração foi ignorada toda a sistemática prevista no §1º, do art. 42, da Lei n° 7.014/96, exigindo a integralidade de ICMS correspondente à antecipação

parcial sem considerar o débito das saídas, em total descompasso com a jurisprudência do CONSEF sobre a matéria.

Registra que entender de maneira diversa implicaria reconhecimento, por parte do Fisco, do direito à repetição de indébito, uma vez que arcou com o ICMS destacado na operação de saída.

Diz não pleitear, neste momento, a repetição de um indébito tributário, mas, somente, visa demonstrar que, embora tenha havido ausência do ICMS devido a título de antecipação parcial, tal inconsistência não é suficiente para acarretar a exigência do imposto.

Sustenta não haver que se falar em imposto a ser exigido nas operações ora analisadas. Continua assinalando que ainda que se entenda ter havido transgressão às normas tributária caberia, no máximo, a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação assessoria, mas nunca a exigência de imposto – exatamente nos termos do que dispõe o §1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Arremata destacando que, diante do acima exposto e em conformidade com a jurisprudência colacionada, resta demonstrada a insubsistência da autuação, motivo pelo qual desde já se requer o cancelamento integral do presente Auto de Infração.

Requer, caso não seja este o entendimento do Julgador, a realização de diligência para que a Autuante proceda à análise de seus registros fiscais, apta a demonstrar a correta tributação nas saídas posteriores das mercadorias objeto do Auto de Infração ora impugnado.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada de novos documentos que venham a ser necessários e realização de diligências.

Conclui pugnando pelo:

- i)* Preliminarmente, reconhecimento da nulidade apontada, que inquinaria o lançamento de vício insanável, acarretando assim o cancelamento do presente Auto de Infração;
- ii)* Quanto ao mérito, pelo reconhecimento e provimento da presente Impugnação para cancelar integralmente a autuação, haja vista a sua insubsistência, conforme alegações especificadamente aduzidas, julgando-se improcedente o Auto de Infração;
- iii)* Caso não seja este o entendimento do Julgador, pelo encaminhamento dos autos para a realização de diligência, consistente no trabalho de revisão fiscal apto a verificar a correta tributação das saídas posteriores, relativas às operações de entrada das mercadorias adquiridas de outros Estados, sobre as quais seria devido o ICMS - antecipação parcial, afastando a exigência do tributo, nos termos do §1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96;

O Autuante presta Informação fiscal, fls. 204 a 206, nos termos a seguir resumidos.

De início, menciona que descabe a arguição de nulidade com base nos argumentos apresentados pelo Autuado, pois o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos preceitos do RPAF-BA/99, destacando que assim reza o art. 26, do RPAF-BA/99: “*Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da: I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento; II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização; III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;*”.

O Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou prestação de Informações, postada no DTE em 10/01/2020 sob nº 147683, com leitura e ciência em 13/01/2020, anexo à fl. 07, comprova claramente que o Autuado tinha conhecimento da Ação Fiscal que estava sendo desenvolvida na empresa. Além disso, frisa que o Impugnante apresentou defesa, com fatos e argumentos para descharacterizar o Auto de Infração em comento, demonstrando conhecer da infração que lhe foi imputada, exercendo seu direito de ampla defesa, sem prejuízos ao contraditório.

Assinala que descabem os argumentos do Autuado quando suscita a nulidade do Auto de Infração argumentando que deveria ser aberto prazo para sua manifestação, solicitando esclarecimentos

sobre as supostas divergências ou irregularidades encontradas quando verificadas as divergências durante a fiscalização, antes da lavratura do Auto de Infração.

Observa que o inciso I, do art. 121, do RPAF-BA/99, estabelece que “...Instaura-se o processo administrativo fiscal para solução de litígios entre o fisco e os sujeitos passivos tributários, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento de crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração...”.

Assevera serem improcedentes as alegações da Defesa para descaracterizar o Auto de Infração que foi lavrado para lançamento de créditos tributários apurados através de procedimentos de fiscalização autorizados pela OS nº 500109/20.

Destaca que os levantamentos fiscais anexos às fls. 14 a 17; 39 a 45; 129 a 136; 173 a 175, comprovam a infração e foram elaborados de forma criteriosa, com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD e documentos fiscais do Autuado. Explica que os arquivos foram disponibilizados pela Secretaria da Fazenda.

Em relação a Infração 01 - afirma descaberem as alegações do Autuado quando argumenta que a fiscalização lavrou o Auto de Infração pela falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação parcial nas aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, mas, “ ... em que pese haver operações em que, por equívoco, a impugnante deixou de recolher o ICMS relativo a antecipação parcial na entrada das mercadorias no Estado da Bahia, as operações de saídas subsequentes foram devidamente tributadas, tendo havido o recolhimento do imposto nas operações de venda posteriores às aquisições interestaduais nas quais seria exigível a antecipação ...” e que “ ... Em situações como a presente, o parágrafo primeiro do art. 42, da Lei nº 7.014/96 dispensa a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação e autoriza a aplicação da penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 ...”

Afirma reconhecer que, por equívoco, deixou de recolher o ICMS relativo a antecipação parcial na entrada das mercadorias no Estado da Bahia, mas argumenta sobre a insubsistência desta Infração com base no art. 42, da Lei 7.014/96, que prevê a aplicação da penalidade acima quando comprovada a tributação regular nas operações subsequentes destas mercadorias.

Registra que em sua peça defensiva, fls. 184 a 200, o Autuado não anexa demonstrativo ou documento algum para comprovar o atendimento ao disposto no art. 42, da Lei nº 7014/96.

Conclui assinalando que, como o Impugnante não apresentou levantamentos ou documentos capazes de descaracterizar o Auto de Infração em comento, pugna pela procedência da autuação.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. German Alejandro San Martin Fernandez, OAB/SP nº 139.281, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Inicialmente, o Autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, por ofensa à ampla defesa e à segurança jurídica, alegando ausência de ação fiscal prévia a lavratura do Auto de Infração por não ter sido lavrado o Termo de Início de Fiscalização e também não lhe ter sido oferecido prazo para apresentação de justificativas ou esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração.

Constatou que não tem guardada a alegação de que não foi emitido o Termo de Início de Fiscalização, uma vez que o RPFA-BA/99, no inciso II, do art. 28, prevê expressamente, que o referido termo pode ser dispensado quando for lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos o que se verifica à fl. 07.

Também não deve prosperar a alegação da defesa, de que não fora intimado previamente para apresentação de justificativa e esclarecimento, haja vista que, no RPAF-BA/99 inexiste qualquer previsão para que seja formalmente intimado o Contribuinte, antes da lavratura do Auto de

Infração. A intimação do Contribuinte é somente prevista a partir do momento em que se concretiza a lide fiscal, com a lavratura do Auto de Infração, ocasião em que é intimado para tomar ciência da autuação, e a formalização da abertura do prazo de defesa de sessenta dias.

Depois de examinar elementos componentes do presente PAF, constato que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei Complementar 123/2006, Lei nº 7.014/96, e o RICMS-BA/12. Portanto, não deve prosperar as alegações do Impugnante, ao suscitar nulidade da autuação pela existência de imperfeições.

Consigno que resta patente, nos autos, que as irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No que concerne às questões formais, verifico também, estarem presentes os pressupostos de validade processual, foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do RPAF-BA/99, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, RPAF-BA/99.

Pelo expedito, rejeito as preliminares de nulidade arguidas pelo Autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No que concerne ao pedido de solicitado pelo Defendente, de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido, com base na alínea "b", do inciso I, do art. 147 do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida, busca verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente, e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos em sua Defesa. Ademais, de acordo com o art. 145 do RPAF-BA/99, a solicitação da produção de prova ou a realização de diligência, deverá ser fundamentada demonstrando cabalmente a sua necessidade.

No mérito, foi imputado ao sujeito passivo, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório, o cometimento da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme Demonstrativo às fls. 14 a 17.

De início, convém salientar, que os dispositivos legais que consubstanciam e lastreiam as infrações constantes do Auto de Infração, além dos enunciados no enquadramento legal, decorrem expressamente de mandamento veiculado no art. 13, e art. 33 da LC nº 123/06, *in verbis*:

"Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

[...]

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

[...]

§1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

[...]

XIII - ICMS devido:

- a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, ...
[...]
g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:
1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV, do §4º, do art. 18, desta Lei Complementar;
2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor; ...”

“Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.”

O Autuado, em suas razões de defesa, alegou tão-somente, que a fiscalização não atentou que as mercadorias objeto desse item da autuação tiveram o total do imposto recolhido, por ocasião das saídas, ou seja, com a emissão de notas fiscais de saídas com o destaque do imposto. E que, segundo seu entendimento, não causou prejuízo algum ao Erário estadual.

Ao examinar os elementos que integram os autos, constato que o Autuado, mesmo tendo recebido cópia do demonstrativo de apuração desse item da exigência fiscal, com a identificação de todas as notas fiscais eletrônicas arroladas no levantamento fiscal, fls. 14 a 17, 39 a 45 e 129 a 136, e no CD à fl. 180, portanto, dispondo de todos os elementos para identificar as mercadorias que deram origem ao montante devido, não carreou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, eis que, sem comprovação fática plausível, somente alegou terem tributado nas saídas as mercadorias objeto da autuação.

Portanto, resta configurado nos autos que o Autuado, mesmo confessando expressamente ter cometido a infração que lhe fora imputada, ao assinalar em sua defesa que, *“...haver operações que, por equívoco, a Impugnante deixou de recolher o ICMS relativo à antecipação parcial na entrada das mercadorias no Estado da Bahia”*, fl. 192, em sua defesa apresentou uma mera alegação, sem qualquer suporte fático e probatório.

Por isso, entendo que fica impossibilitada, por falta de comprovação inequívoca de que as saídas das mercadorias arroladas no levantamento fiscal foram, efetivamente, realizadas com débito do imposto, a aplicação da penalidade preconizada no §1º, do art. 42 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“§1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;”

Convém salientar, que na presente situação, comprovar não significa dizer, apenas apontar que alguma dessas mercadorias saíram com o débito do imposto, tem que ser devidamente demonstrado pelo infrator que foram as mercadorias adquiridas e arroladas no levantamento fiscal as que saíram com o destaque do imposto, ou seja, que as aquisições e as vendas estão dentro do mesmo período.

A simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, é o que preconiza o art. 143 do RPAF-BA/99.

No que concerne aos precedentes de julgado deste CONSEF apontados pela Defesa, não se prestam a servir de arrimo aos argumentos defensivos, uma vez que tratam de circunstância distinta do presente caso.

Além do expedido, consigno também, não haver como se assegurar com os elementos constantes dos autos, de que não fora causado prejuízo algum ao Erário Estadual, como alega a Defesa.

Assim, nos termos expedidos, concluo pela manutenção da Infração 01.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 294888.0003/20-3, lavrado contra **TEC – WI COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS WIRELESS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.258.011,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR