

A. I. N° - 278906.0026/24-0
AUTUADO - TUTI BABY MODA INFANTIL LTDA.
AUTUANTE - GILMAR SANTANA MENEZES
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/11/2025

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0222-03/25-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento antes da entrada no território deste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, quando o contribuinte não está credenciado a recolher o imposto até o dia 25 do mês subsequente. Restou comprovado que os fatos ocorridos nos meses de maio e junho de 2019 foram alcançados pela decadência, sendo excluídos os respectivos débitos da exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/10/2024, refere-se à exigência de R\$ 238.292,07 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.021.004: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à 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 de fora do Estado, nos meses de maio e junho de 2019; março, julho a outubro e dezembro de 2020; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2021; janeiro de 2022 a abril de 2024.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 69 a 74 do PAF. Alega que o Auto de Infração falece de absoluta nulidade, uma vez que, de acordo com o art. 18 do RPAF, são nulos os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente.

Diz que o auto de infração em questão foi lavrado por um Auditor Fiscal, o que contraria o disposto no art. 42, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e atualizado pelo Decreto nº 22.918/2024. O referido dispositivo legal atribui aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituir crédito tributário de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, como é o caso do estabelecimento autuado.

Registra que de acordo com a pesquisa junto ao sítio da Receita Federal do Brasil, a empresa é optante do Simples Nacional. Dessa forma, o auto de infração é nulo por vício de forma, tendo em vista que foi lavrado por autoridade incompetente, portanto, o ato da autoridade administrativa está na contramão do que dispõe o RPAF, incidindo, assim em ato nulo, como está fincado no art. 18, I do RPAF, ato de autoridade incompetente.

Em relação ao período fiscalizado, de 01/01/2019 a 09/10/2024, alega que o prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário é de 5 (cinco) anos, conforme o art. 3º da Lei Estadual nº 7.014/96, o direito de lançar o crédito tributário referente ao ano de 2019 já estaria decaído.

Também alega que o auto de infração não descreve os fatos considerados infrações de forma clara, precisa e sucinta, como exige o art. 39 do RPAF/BA. Não há especificação das notas fiscais

que embasam a autuação, nem detalhes de como a empresa teria incorrido em erro no cálculo do ICMS-ST.

Ressalta que de acordo com o art. 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/BA, o lançamento de ofício será nulo caso não contenha elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração e o infrator, o auto de infração não descreve a infração com a clareza necessária, o que dificulta a defesa da empresa.

Afirma que o PAF deve ser pautado pelo princípio da verdade material, o que conota que a Autoridade Fiscal deve assumir uma posição investigatória, ativa e imparcial, detendo, em função de sua investidura, a obrigação de esgotar todos os meios hábeis para constatação ou não do fato gerador, fato que não foi observado neste caso, vez que o autuante, numa análise perfunctória, imputa obrigação tributária sem trazer provas reais do cometimento da infração pela autuada.

Diz que essa falta de clareza fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, impedindo que a empresa exerça plenamente o seu direito de defesa.

Observa que conforme comprova o Termo de Ciência Inapta anexo, a inscrição estadual da Tuti Baby Moda Infantil Ltda. estava descredenciada e inapta em 16/03/2021. A partir dessa data, a empresa estava impedida de emitir notas fiscais, tanto de compras quanto de vendas, devido ao bloqueio de atos de mercancia.

Entende que as notas fiscais emitidas após essa data, que constam no auto de infração, não podem ser consideradas válidas para comprovar a infração.

Acrescenta que as notas fiscais emitidas após essa data, que constam no auto de infração, não podem ser consideradas válidas para comprovar a infração. Afinal, a empresa estava legalmente impedida de realizar as operações que deram origem a essas notas.

Sobre o cálculo do imposto, diz que o Autuante utilizou indevidamente as alíquotas internas de 18%, 19% e 20,5% para calcular o ICMS-ST, em desacordo com o art. 321, VII, "b" do RICMS/BA, que determina que a base de cálculo, em operações interestaduais, deve ser a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Menciona que o artigo 321, inciso VII, alínea "b", do RICMS/BA, determina que a base de cálculo para o ICMS-ST nas operações interestaduais com bens e mercadorias sujeitas ao regime de antecipação é a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Diz que o auto de infração indica que o Autuante utilizou a alíquota interna total para calcular o ICMS-ST, o que contraria a legislação. O cálculo do ICMS-ST apresentado no auto de infração está incorreto e deve ser recalculado utilizando a diferença entre as alíquotas, conforme determina a legislação.

Ressalta, inicialmente, que a análise da questão deve ter como esboço norteador, o princípio basilar do direito administrativo, que é o princípio da legalidade inserto no art. 37 da Constituição Federal, que imprime ao detentor de competência para aplicação de atos administrativos a estrita vinculação ao que determina a lei, inteligência que deu azo à máxima do direito administrativo conforme define, Meirelles (2000, p. 82), que transcreve.

Alega que a falta de especificação das notas fiscais e dos detalhes do cálculo do ICMS-ST configura cerceamento do direito de defesa do Autuado. Afirma que não teve acesso a todas as informações e provas que sustentam a acusação para formular sua defesa de forma adequada.

Apresenta os seguintes questionamentos:

1. A conduta que configura a infração: Qual foi a ação ou omissão da empresa que a SEFAZ/BA considerou irregular?
2. O dispositivo legal que foi violado: Qual lei ou regulamento a empresa descumpriu?

3. As provas que sustentam a autuação: Quais documentos ou evidências a SEFAZ/BA utilizou para comprovar a infração, se a Inscrição Estadual estava por quase todo o período, descredenciado ou inapto;
4. A individualização da empresa como infratora: O auto de infração identifica a Tuti Baby como a responsável pela infração de forma clara e inequívoca?

Alega que essas falhas na autuação fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, que exige que a empresa tenha acesso a todas as informações e provas que sustentam a acusação para que possa formular sua defesa de forma adequada.

Diz que o Autuante não comprovou a existência da infração apontada, se limita a apresentar uma lista de notas fiscais, sem demonstrar qualquer vínculo com a empresa ou comprovar que o Defendente tenha participado das operações ou obtido alguma vantagem com elas.

Diz que o art. 39 do RPAF/BA, exige que o auto de infração descreva os fatos considerados infrações de forma clara, precisa e sucinta. No entanto, o auto de infração em questão não especifica quais as notas fiscais que embasam a autuação, nem detalha como a empresa teria incorrido em erro no cálculo do ICMS-ST. O art. 40, § 1º, da Lei nº 7014/96, define que todos que concorreram para a infração ou dela se beneficiaram podem ser responsabilizados.

Afirma que no presente caso, o auto de infração não apresenta qualquer indício ou prova de que o Defendente tenha concorrido para a suposta infração ou se beneficiado dela. Diz que essa falta de clareza fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois impede que a empresa exerça plenamente o seu direito de defesa.

Registra que o ônus da prova é da Fiscalização, e, no caso em questão, não foram apresentadas provas suficientes para comprovar a autuação.

Diante do exposto, requer que este Órgão Julgador:

- a) Anule o presente Auto de Infração, em razão da incompetência do Auditor Fiscal, da decadência do direito de lançar, da falta de clareza na descrição da infração, do descredenciamento e inaptidão da inscrição estadual da empresa, do erro no cálculo do ICMS-ST, do cerceamento do direito de defesa e da falta de comprovação da infração;
- b) Subsidiariamente, caso não seja acolhido o pedido de anulação, determine a redução do valor da multa, recalculando o ICMS-ST com base na diferença entre as alíquotas interna e interestadual, conforme determina o art. 321, VII, "b" do RICMS/BA, ou
- c) Determine a necessária revisão do Auto de Infração em destaque, face aos erros apontados na alíquota;
- d) Determine que a Fiscalização apresente os documentos que comprovem a relação das notas fiscais com o Autuado, como comprovante de entregas, comprovante de circulação das mercadorias nos postos fiscais ou outros documentos, extratos bancários e documentos de controle de estoque, comprovando sua responsabilidade pela ocorrência da suposta infração.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 84/85 dos autos. Quanto ao argumento defensivo relacionado à incompetência do Auditor Fiscal para realizar fiscalização de empresas optantes do Simples Nacional, diz que essa alegação é improcedente, tendo em vista a decisão do STF na ADI 4233.

Em relação à decadência para o período de 01/01/2019 a 09/10/2019, menciona o art. 168 do Código Tributário Nacional e art. 21 da Lei Complementar nº 87/96, ressaltando que o prazo decadencial do creditamento do ICMS é de cinco anos contados da emissão do documento fiscal, com isso, retira da autuação fiscal os valores referentes aos meses de maio e junho de 2019. Junta ao presente PAF novo demonstrativo de débito com valor histórico total de R\$ 236.167,58.

Intimado acerca da Informação Fiscal, o Defendente apresenta manifestação às fls. 119 a 122 do PAF. Alega que o Auto de Infração é nulo, pois foi lavrado por um Auditor Fiscal, o que contraria o disposto no art. 42, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e atualizado pelo Decreto nº 22.918/2024.

Menciona que o referido dispositivo legal atribui aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituir crédito tributário de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, como é o caso da Tuti Baby Moda Infantil Ltda.

Reitera que é optante pelo Simples Nacional desde 01/01/2019, conforme comprovante anexo à impugnação e os Acórdãos CJF Nº 0452-12/17 e CJF Nº 036411/20-VD do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) reconhecem a incompetência do Auditor Fiscal para fiscalizar empresas optantes pelo Simples Nacional.

Registra que o Auditor Fiscal, em suas informações, alega que a ADI 4233 do STF lhe confere competência para lavrar o auto de infração. No entanto, a ADI 4233 não trata da competência para lavrar autos de infração contra empresas optantes pelo Simples Nacional. Sendo assim, o art. 42, II do RPAF/BA deve prevalecer, por ser norma específica e posterior à ADI 4233.

Dessa forma, reitera que o auto de infração é nulo por vício de forma, tendo em vista que foi lavrado por autoridade incompetente.

Quanto ao mérito, afirma que o auto de infração em questão foi lavrado com base em relatórios de supostas notas fiscais, sem que a autoridade fiscal tenha comprovado a efetiva existência dessas notas fiscais e a veracidade das informações nelas contidas.

Diz que a presunção de legitimidade do auto de infração é uma presunção relativa, que pode ser ilidida por prova em contrário. No presente caso, a falta de comprovação da efetiva existência das notas fiscais e a ausência de elementos que demonstrem a veracidade das informações nelas contidas afastam a presunção de legitimidade do auto de infração.

Também alega que o auto de infração não descreve os fatos considerados infrações de forma clara, precisa e sucinta, como exige o art. 39 do RPAF/BA. Não há especificação das notas fiscais que embasam a autuação, nem detalhes de como a empresa teria incorrido em erro no cálculo do ICMS-ST.

Diz que essa falta de clareza fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, impedindo que a empresa exerça plenamente o seu direito de defesa.

Afirma que sua inscrição estadual estava descredenciada e inapta em 16/03/2021, conforme comprovado pelo Termo de Ciência Inapta anexo à impugnação. A partir dessa data, a empresa estava impedida de emitir notas fiscais, tanto de compras quanto de vendas, devido ao bloqueio de atos de mercancia.

Dessa forma, as notas fiscais emitidas após essa data, que constam no auto de infração, não podem ser consideradas válidas para comprovar a infração.

Alega que o Auditor Fiscal utilizou indevidamente as alíquotas internas de 18%, 19% e 20,5% para calcular o ICMS-ST, em desacordo com o art. 321, VII, "b" do RICMS/BA, que determina que a base de cálculo, em operações interestaduais, deve ser a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Diz que o cálculo do ICMS-ST apresentado no auto de infração está incorreto e deve ser recalculado utilizando a diferença entre as alíquotas, conforme determina a legislação.

Registra que conforme já alegado em impugnação anterior, a falta de especificação das notas fiscais e dos detalhes do cálculo do ICMS-ST configura cerceamento de defesa. A empresa não teve acesso a todas as informações e provas que sustentam a acusação para formular sua defesa de forma adequada.

Também alega que o Auditor Fiscal não se manifestou sobre diversos pontos alegados na impugnação anterior, como o erro no cálculo do ICMS-ST, o descredenciamento da inscrição estadual e o cerceamento de defesa.

Diz que essa falta de manifestação implica em concordância com os argumentos da defesa, o que reforça o pedido de anulação do auto de infração.

Diante do exposto, requer a anulação do presente Auto de Infração, pelos seguintes motivos:

1. Incompetência do Auditor Fiscal;
2. Falta de presunção de legitimidade do auto de infração;
3. Falta de clareza na descrição da infração;
4. Descredenciamento da inscrição estadual;
5. Erro no cálculo do ICMS-ST;
6. Cerceamento de defesa;
7. Falta de manifestação do Auditor Fiscal sobre diversos pontos alegados na impugnação anterior.

Caso não seja acolhido o pedido de anulação, requer a redução do valor da multa, recalculando o ICMS-ST com base na diferença entre as alíquotas interna e interestadual, conforme determina o art. 321, VII, "b" do RICMS/BA.

Por fim, requer que a SEFAZ/BA apresente documentos que comprovem a relação das notas fiscais com o estabelecimento autuado, como comprovante de entregas, comprovante de circulação das mercadorias nos postos fiscais ou outros documentos, extratos bancários e documentos de controle de estoque, comprovando sua responsabilidade pela ocorrência da infração.

O Autuante presta informação fiscal II às fls. 124/125 dos autos. Diz que o Defendente apresenta argumentos relativos à incompetência absoluta do Auditor Fiscal para realizar fiscalização de empresas optantes do Simples Nacional, erro no cálculo do ICMS-ST e cerceamento de defesa.

Afirma que os argumentos são improcedentes tendo em vista que não existe infração para o ICMS-ST e sim a cobrança da antecipação parcial (calculado conforme descrito no art. 321, inciso VII, alínea "a" do RICMS/BA (abaixo reproduzido) e o Auditor Fiscal está apto para fiscalização do ICMS nas empresas optantes pelo Simples Nacional

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

VII -nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal, com ou sem encerramento da tributação;

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do S 42 do art. 18 da Lei Complementar 123, de 14/12/2006;

b) 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, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.

Quanto ao cerceamento de defesa diz que o argumento é improcedente, tendo em vista que a empresa possui as referidas notas fiscais e nas planilhas constam os números das mesmas, os números das chaves de acesso e respectivos valores que podem ser consultados no sistema de NF-e. Diante disso, mantém a autuação fiscal no seu valor integral.

VOTO

O Defendente alegou que o presente Auto de Infração deve ser anulado, em razão da incompetência do Auditor Fiscal para fiscalizar estabelecimento optante pelo Simples Nacional, da decadência do direito de lançar o tributo, da falta de clareza na descrição da infração, do descredenciamento e inaptidão da inscrição estadual do estabelecimento autuado, do erro no cálculo do ICMS-ST, do cerceamento do direito de defesa e da falta de comprovação da infração.

Em relação à decadência, observo que conforme estabelece o art. 150 do CTN, “*O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa*”.

O § 4º estabelece que, “*se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “*o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*”.

O entendimento firmado neste CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

Vale ressaltar que conforme Súmula nº 12 deste CONSEF, “*Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração*”.

No caso em exame, a exigência fiscal trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à 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, nos meses de maio e junho de 2019; março, julho a outubro e dezembro de 2020; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2021; janeiro de 2022 a abril de 2024.

Foram apurados os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2019, o presente Auto de Infração foi lavrado em 23/10/2024, tendo como data de ciência 15/10/2024, conforme Aviso de Recebimento à fl. 08 do PAF. Neste caso, os fatos geradores ocorridos nos meses de maio e junho **de 2019** foram atingidos pela decadência.

O Defendente suscitou a nulidade do presente lançamento, alegando que o Auto de Infração foi lavrado por um Auditor Fiscal, o que contraria o disposto no art. 42, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e atualizado pelo Decreto nº 22.918/2024.

Mencionou que o referido dispositivo legal atribui aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituir crédito tributário de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, como é o caso do estabelecimento autuado.

A presente autuação foi efetuada em estabelecimento de contribuinte optante pelo regime de apuração do Simples Nacional, conforme Relação de DAEs do período fiscalizado às fls. 10 a 30 do PAF, constatando-se, pelo Termo de Início de Fiscalização à fl. 07, que foi efetuada fiscalização no estabelecimento.

Inicialmente, foi apresentado o entendimento de que o legislador não excluiu a competência do servidor ocupante do cargo de Auditor Fiscal, uma vez que prevalece no Direito a máxima de “*quem pode mais pode menos*”.

De acordo com as alterações promovidas no Código Tributário do Estado da Bahia, pela Lei 11.470, de 08/04/2009, a função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, competindo aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos

tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional (§ 3º da Lei 11.470/09).

Para melhor entendimento, vale reproduzir os artigos do Código Tributário do Estado da Bahia e do RPAF-BA, que tratam da competência para constituição de créditos tributários.

Código Tributário do Estado da Bahia:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

...

§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Nota: A redação atual do § 2º do art. 107 foi dada pela Lei nº 11.470, de 08/04/09, DOE de 09/04/09, efeitos a partir de 01/07/09.

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Nota: A redação atual do § 3º do art. 107 foi dada pela Lei nº 11.470, de 08/04/09, DOE de 09/04/09, efeitos a partir de 01/07/09.

Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF).

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Nota: A redação atual do art. 42 foi dada pelo Decreto nº 11.806, de 26/10/09, DOE de 27/10/09, efeitos a partir de 01/07/09. Redação original, efeitos até 30/06/09: "Art. 42. A lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais."

Observo que a discussão que foi levada a apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI 4233/BA, se refere a exclusão da competência para constituição de créditos tributários dos Agentes de Tributos Estaduais, afastando a aplicação automática das disposições legais inseridas na Lei nº 8.210/02 pela Lei nº 11.470/09, especificamente na constituição de crédito tributário durante a fiscalização no trânsito de mercadorias e perante contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Vale registrar que deve ser considerada para a delimitação da competência dos prepostos fiscais para declarar a ocorrência dos fatos geradores de obrigações tributárias, a situação cadastral do contribuinte no momento da autuação, ou seja, a definição quanto à competência para a lavratura de Autos de Infração depende do tipo de fiscalização (trânsito ou estabelecimento) e a situação cadastral do contribuinte.

Este Auto de Infração baseia-se em verificação efetuada por Auditor Fiscal no estabelecimento do autuado que se encontra cadastrado na condição de contribuinte do Simples Nacional.

Ressalto que matéria da mesma natureza e de idêntico teor foi enfrentada pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme ACÓRDÃO JJF Nº 0053-06/25-VD, do qual reproduzo trecho do voto do Relator e tomo como paradigma em relação ao caso em exame, haja vista que se trata de situação idêntica da autuação em tela.

“Quanto à competência para a fiscalização de empresas enquadradas no regime do Simples Nacional, tal matéria se encontra disciplinada pela Lei nº 8.210/02, que reestrutura o Grupo Ocupacional Fisco da Secretaria da Fazenda, cujo art. 6º, inciso I, alínea “a” assim dispõe.

“Art. 6º - São atribuições dos titulares dos cargos de Auditor Fiscal:

*I - constituir **privativamente**:*

a) créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

... (grifos acrescidos).”

Uma leitura menos atenta do texto legal pode levar à interpretação, a contrário senso, de que os ocupantes do cargo de Auditor Fiscal não poderiam “constituir” créditos tributários junto aos estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional.

Esse não é, todavia, o melhor entendimento, vez que a ressalva existente na alínea “a”, do inciso I, do art. 6º da Lei nº 8.210/02, acima reproduzida, não diz respeito à capacidade para constituir créditos tributários, mas sim ao “caráter privativo” da competência atribuída aos Auditores Fiscais, haja vista que tal prerrogativa deve conviver com aquela outra atribuída aos Agentes de Tributo.

Nesse sentido, foi o Despacho da Procuradoria Judicial da PGE (em atuação junto ao Distrito Federal), emitido em resposta a Consulta formulada pelo Secretário da Fazenda, encaminhada através de Ofício GAB nº 45/2020, quando entendeu que os Auditores Fiscais possuem competência plena para constituir créditos tributários, conforme abaixo.

“Como se deflui da Lei 8.210/02, os Auditores têm competência funcional plena no que toca ao lançamento tributário, tendo a Lei 11.470/09 atribuído competência concorrente com o ATE no que toca às operações de trânsito e de micro e pequenas empresas (grifo acrescido). Pela decisão do STF, somente os novos ATE, aprovados em concurso público de nível superior, poderão exercer o lançamento. Até que isso ocorra, a competência funcional pode - e deve - ser exercida pelos Auditores, sob pena de indesejável vácuo na fiscalização, em prejuízo à atividade tributária e arrecadação estadual.”

Nem poderia, aliás, ser diferente, pois a interpretação restritiva da competência atribuída aos ocupantes do cargo de Auditor Fiscal agride ao interesse público, já que aponta para consolidar o entendimento que, uma vez prevacente, estabeleceria um vácuo legal no exercício das prerrogativas constitutivas do crédito tributário, na seara do trânsito de mercadorias e das empresas optantes pelo Simples Nacional.

Ora, tal tese não pode conviver com o princípio da continuidade da atividade pública, indispensável à arrecadação de tributos e ao provimento de recursos para custear a prestação dos serviços públicos indispensáveis ao regular funcionamento da vida em comum.

Assim, afasto a arguição de nulidade, haja vista que os auditores fiscais possuem competência plena para constituir créditos tributários, inclusive junto a empresas optantes pelo Simples Nacional.”

Portanto, deve ser superado o questionamento apresentado pelo Defendente e julgado o mérito da Autuação Fiscal.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada 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.

A Infração 01 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à 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 de fora do Estado, nos meses de maio e junho de 2019; março, julho a outubro e dezembro de 2020; janeiro a julho, setembro a dezembro de 2021; janeiro de 2022 a abril de 2024.

Na Informação Fiscal, o Autuante acatou a alegação de decadência e disse que retira da autuação fiscal os valores referentes aos meses de maio e junho de 2019, juntando ao presente PAF novo demonstrativo de débito com valor histórico total de R\$ 236.167,59.

O Defendente alegou que o auto de infração em questão foi lavrado com base em relatórios de supostas notas fiscais, sem que a autoridade fiscal tenha comprovado a efetiva existência dessas notas fiscais e a veracidade das informações nelas contidas. Disse que de acordo com o Termo de Ciência Inapta, a inscrição estadual da Tuti Baby Moda Infantil Ltda. estava descredenciada e inapta em 16/03/2021. A partir dessa data, a empresa estava impedida de emitir notas fiscais, tanto de compras quanto de vendas, devido ao bloqueio de atos de mercancia.

Também alegou que a Fiscalização deveria apresentar os documentos que comprovassem a relação das notas fiscais com o Autuado, como comprovante de entregas, comprovante de circulação das mercadorias nos postos fiscais ou outros documentos, extratos bancários e documentos de controle de estoque.

Conforme destacado pelo Autuante, o Defendente possui as referidas notas fiscais e nas planilhas constam os números das mesmas, os números das chaves de acesso e respectivos valores que podem ser consultados no sistema de NF-e. Não acato a alegação defensiva, considerando que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, por isso, não há obrigatoriedade de juntar as cópias dos DANFES ao PAF, como entendeu o Autuado.

Apresentou o entendimento de que as notas fiscais emitidas após a data do descredenciamento de sua inscrição estadual, que constam no auto de infração, não podem ser consideradas válidas para comprovar a infração. Afinal, a empresa estava legalmente impedida de realizar as operações que deram origem a essas notas.

Foi destacado pelo autuante que os argumentos são improcedentes tendo em vista que não existe infração para o ICMS-ST e sim a cobrança da antecipação parcial.

Observe que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96.

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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.

Portanto, é devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas pelo Contribuinte, independentemente de sua inscrição estar ou não descredenciada ou inapta. Se houve aquisição de mercadorias para comercialização, é devido o imposto.

O Autuado mencionou que o artigo 321, inciso VII, alínea "b", do RICMS/BA, e alegou que o Autuante utilizou a alíquota interna total para calcular o ICMS-ST, o que contraria a legislação. O cálculo do ICMS-ST apresentado no auto de infração está incorreto e deve ser recalculado utilizando a diferença entre as alíquotas, conforme determina a legislação.

Considerando que não se trata de exigência de imposto relativo ao ICMS-ST e sim Antecipação Parcial, aplica-se o art. 321, VII, "b" do RICMS-BA/2012.

RICMS-BA/2012:

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal, com ou sem encerramento da tributação;

...

b) 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, sem prejuízo das reduções previstas nos arts. 273 e 274.

Entendo que é devido o imposto na forma apurada na revisão efetuada pelo Autuante, haja vista que o defendente não comprovou o recolhimento integral no prazo regulamentar, sendo devido o pagamento do ICMS a título de antecipação parcial.

Saliento que embora o Impugnante não tenha acatado expressamente os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não apresentou qualquer argumento novo, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de outros elementos, por se tratar de documentos que estão na posse do Contribuinte. Portanto, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal.

Caso não acolhido o pedido de anulação, o Defendente requereu a redução da multa. Observo que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é legalmente prevista para a irregularidade apurada, essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial encontra-se no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial.

Concluo que restou comprovada a infração apontada, sendo devido o imposto apurado no demonstrativo elaborado pelo Autuante, considerando elidida parcialmente a exigência da antecipação parcial, com a exclusão dos meses de maio e junho de 2019, alcançados pela decadência. Remanesce o valor histórico de R\$ 236.167,59.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278906.0026/24-0, lavrado contra **TUTI BABY MODA INFANTIL LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 236.167,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2025

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA