

A. I. Nº - 130609.0169/14-3
AUTUADO - DELLUX COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO CORREIA DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16. 10. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-01/14

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO APURADO COMO SIMPLES NACIONAL. Restou comprovada, apenas em parte, o recolhimento do imposto a menos, apurado na forma de conta corrente fiscal, apesar de não haver consistência na alegação defensiva de opção pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 31/03/2014 exige ICMS no valor de R\$36.609,36, com multa de 60%, relativo aos períodos janeiro, julho/outubro e dezembro de 2011, além de abril, julho/outubro e dezembro de 2012, em razão da apuração da irregularidade, a seguir descrita: *"recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto"*. Consta ainda que recolheu ICMS a menos como se fosse Simples Nacional, a seguir declarou no PAF 800000.0566/12-1, nos meses indicados na planilha de levantamento da conta corrente do ICMS. Anexo ICMS a menos do que o apurado nesta operação fiscal.

O autuado apresenta impugnação às fls. 86 a 93, arguindo que a autuação não pode prosperar. Primeiro, porque o Auditor refez a conta corrente do ICMS, porém sem demonstrar como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação. Diz que por impossibilidade de conhecer o critério, fica prejudicada a sua defesa, implicando nulidade da autuação. Em segundo lugar, porque era optante pelo SIMPLES NACIONAL, durante o período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributada pelo regime normal de apuração.

Além disso, argumenta que a planilha fiscal deixou de considerar adequadamente os créditos decorrentes de antecipação parcial, bem como dos recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do Simples Nacional, no período. Acusa ainda que, nas competências em que a fiscalização encontrou pagamento de valores a maior, ou seja, em que deveria indicar crédito em favor do contribuinte para o período seguinte, preferiu deixar de fazê-lo majorando o montante da autuação. Explica que dos 48 meses / competências, no período da autuação, somente os 18 períodos em que se encontrou valores “a cobrar”, constam da autuação; os outros 30 períodos, em que a apuração se deu a maior foram solenemente ignoradas.

Reitera a nulidade da autuação pela ausência da demonstração da base de cálculo do lançamento de ofício, pois, em momento algum, foi apontado como determinou a base de cálculo utilizada para apurar o tributo supostamente devido, bem como os valores dos créditos de que se valeu para calcular o montante supostamente devido. Questiona: de onde foram retirados os valores que constam nas planilhas? Quais foram as notas fiscais utilizadas? Quais foram as naturezas das operações? Responde que nenhuma dessas respostas podem ser obtidas pela leitura da autuação.

Diz que a autuação resume-se em apontar números de base de cálculo e alíquota sem sequer apontar como apurou aqueles montantes; autuação que deve ser julgada nula, uma vez que o ato

administrativo de lançamento obstaculizou claramente o exercício do direito à ampla defesa, na forma do art. 18 do RPAF.

Mesmo sem saber como a Fiscalização apurou o ICMS exigido no presente Auto de Infração, no mérito, em homenagem ao princípio da eventualidade, argui a sua improcedência, uma vez que entende ter sido optante do SIMPLES NACIONAL, durante o período autuado, vez que jamais foi notificada de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento. Aduz, sem ter sido notificada regularmente da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL não se pode proceder a exigência de recolhimento do imposto pelo regime normal.

Diz que também houve erro na determinação do tributo, pela ausência do abatimento dos valores do ICMS pago pelo simples nacional, além daquele da antecipação parcial. Explica que refez o cálculo elaborado pela Fiscalização, indicando e abatendo os créditos a que faz jus e que deveriam ser diminuídos do tributo exigido no auto de infração.

Enfatizando a impossibilidade de conhecer o valor lançado pelo Fisco, por exemplo, em agosto de 2011, foi apontada como base de cálculo R\$ 88.296,95, mas não se sabe se houve erro de digitação ou se o autuante tomou informações desconhecidas para a lavratura deste auto. Reitera que é pessoa jurídica optante do SIMPLES NACIONAL, recolhendo o ICMS através deste regime, e jamais poderia ser fiscalizada como se fosse tributada pelo regime normal de apuração.

Afirma, ainda que se pudesse tributá-la como se normal fosse, seria ilógico – resultando em enriquecimento ilícito do Estado da Bahia – deixar de considerar e abater do valor apurado o ICMS recolhido no regime simplificado. Diz que na sua planilha - Erro! Fonte de referência não encontrada. – incluiu os valores recolhidos sob o regime do SIMPLES, além dos créditos relacionados à antecipação parcial.

Pede a declaração de nulidade da autuação; ultrapassado tal pedido, o reconhecimento e declaração da procedência parcial do Auto de Infração. Pede diligência fiscal a fim de comprovar o quanto afirmado na presente peça, protestando por todos os meios de provas em direito admitidos. Apresenta planilha, fls. 94/95, totalizando o valor de R\$ 31.110,95.

o Auditor Fiscal apresenta Informação, fls. 106/108, resumindo as alegações da defesa, aduzindo que foram demonstradas nas planilhas anexas aos autos que a base de cálculo corresponde a apuração através dos ECF,s e das notas fiscais de saídas do contribuinte, optante pelo Simples Nacional até a data de sua exclusão em 01.07.2007 (dados obtidos no sistema SEFAZ).

Diz inda que considerou os créditos decorrentes das notas fiscais de entradas, antecipação tributária e simples nacional. Levou em conta o saldo credor do contribuinte apurado mês a mês e cobrou apenas a diferença entre o ICMS apurado pela fiscalização, os valores recolhidos e o valores declarados em processo pelo contribuinte, conforme planilha, fls. 15/19, inclusive em CD.

Reitera os valores constantes nos autos, através das peças juntadas, cujas cópias foram entregues ao autuado.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício objetiva a constituição de crédito tributário, na acusação que o autuado recolheu ICMS a menor porque apurou os valores do imposto como se tivesse habilitado ao Simples Nacional, no período e valores constantes da inicial dos autos. Descreve ainda o Auditor Fiscal que o autuado recolheu ICMS a menos como se fosse Simples Nacional, em seguida, declarou os valores devidos, através do PAF 800000.0566/12-1, nos meses indicados na planilha de levantamento da conta corrente do ICMS.

O sujeito passivo requer, preliminarmente, a nulidade dos autos, alegando que o Auditor Fiscal, ao refazer a conta corrente do ICMS, não cuidou de demonstrar como apurou a base de cálculo do

tributo indicada na autuação, impossibilitando-o de conhecer o critério utilizado, em seu prejuízo e cerceando seu direito da defesa.

Não vislumbro mácula ao processo administrativo fiscal - PAF, em debate, que o conduza à nulidade, nos termos do art. 18 do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99) ou ausentes os elementos constantes no art. 39 do mesmo diploma. O Auditor fiscal elaborou, acostou ao PAF, entregando cópia ao autuado, demonstrativo de débito contendo os valores extraídos da escrita fiscal do próprio contrato, assegurando a prevalência da cláusula do "*due process of law*".

Indefiro o pedido de diligência proposto pelo autuado, tendo em vista que os elementos apensados aos autos são suficientes para apreciação da matéria.

No mérito, a alegação defensiva é que o Auditor Fiscal refez a conta corrente de ICMS, mas não demonstrou como apurou a base de cálculo. Argumenta ainda que sendo optante pelo Simples Nacional, não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração; que foram desconsiderados os créditos decorrentes da antecipação parcial e os recolhimentos feitos ao sistema simplificado.

Reclama ainda que nos meses em que houve pagamento de ICMS a maior, indicativo da existência de crédito fiscal em seu favor, o autuante silenciou. Contudo, apresenta demonstrativo, às fls. 94/95, admitindo a procedência parcial do auto de infração, no valor de R\$31.110,95.

O Auditor Fiscal diz que demonstrou na planilha de fls. 15/19, a base de cálculo e o créditos decorrentes das entradas, das antecipações tributárias, do recolhimento do simples nacional registrados no sistema de pagamento da SEFAZ, além do saldo credor apurado mês a mês.

Constato, dos exames do processo, das peças acostadas aos autos e do cadastro de contribuinte, constante da Inspeção Eletrônica, no sítio da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que o autuado está inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, mas apurou o ICMS na forma de pagamento de Conta Corrente Fiscal, conforme, inclusive, fazem provas as cópias do livro de Apuração de ICMS, anexadas às fls. 20/81. Formalmente, a exigência evidencia o recolhimento a menor do imposto, em decorrência de erro na sua apuração, em face do desencontro entre o valor do imposto efetivamente recolhido e aquele escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS.

Assim, não procede o argumento defensivo que é optante do Simples Nacional, implicando vinculação ao Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme os artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação do imposto está prevista no art. 18 e §§, e cujo pressuposto básico para determinação da base de cálculo e alíquota é a "receita bruta".

Contudo, a exigência não procede integralmente. A partir das peças que a instruem e dos pagamentos efetuados pelo autuado, extraídos do sistema de controle da Secretaria da Fazenda, verifico que o autuante incorreu em equívocos, na apuração dos valores consignados no demonstrativo fiscal, fls. 15/19. Os valores efetivamente recolhidos pelo autuado, seja o ICMS da antecipação parcial ou aquele efetuado com o código da receita do Simples Nacional, devem ser consignados como crédito fiscal, no mês do pagamento.

Os valores que foram objeto da Denúncia Espontânea, constante do PAF 800000.0566/12-1, cuja ação se encontra ajuizada, não obstante a falta de cumprimento das parcelas pelo sujeito passivo, não devem ser exigidas no presente processo administrativo objeto. Exceto, claro, os valores constantes no demonstrativo fiscal, relativo ao período de julho/dezembro 2012, que não estão inseridos no Processo Ajuizado.

Dessa forma, em janeiro de 2010, não foi considerado, no demonstrativo fiscal de fls. 17, o pagamento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 764,65; restando indevida a exigência do período de R\$757,51.

O mesmo equívoco ocorre no mês de julho de 2011. O autuante não considerou, no período correto, o pagamento da antecipação parcial, R\$129,88; restando indevida a respectiva exigência de R\$129,88. Em agosto de 2011, o valor das operações de saídas do contribuinte totalizou R\$82.896,95 (fl. 45) e

não R\$88.296,95, como consta do demonstrativo de débito, não prevalecendo a diferença de R\$89,40, apontada na peça fiscal. Em setembro de 2011, não foi considerado o pagamento referente a antecipação parcial de R\$828,60, mas apenas R\$164,22, e não procede também diferença de R\$ 664,38. Em outubro de 2011, o valor da antecipação parcial, R\$164,22 e o autuante considerou R\$126,82; não resta caracterizada a exigência de R\$37,40

No mês de dezembro de 2011, o demonstrativo fiscal apontou um débito de ICMS R\$558,27. Verifico, no entanto, que os valores constantes do próprio livro fiscal, além dos créditos pelas entradas, R\$4.713,14; antecipação parcial, R\$474,47; o valor pago na rubrica do simples nacional (20.12.2011), R\$1.878,71 e não R\$3.593,08, conforme entendeu o autuante. Total dos créditos do período, R\$7.066,32. O valor do débito do imposto, escriturado pelo próprio autuado, R\$22.258,28 (fl. 68), confrontado com a soma dos créditos do mês, importou ICMS a recolher de R\$15.191,96 e não R\$14.035,86, conforme consignado no aludido demonstrativo fiscal (fl. 18). Excetuado o valor R\$13.477,59 constante do parcelamento Processo 800000.0566/12-1, resta caracterizado recolhimento a menor, no valor de R\$1.714,37.

Em abril de 2012, o valor da antecipação parcial foi de R\$ 472,60 e não R\$93,76, como consignou o Auditor Fiscal, não procedendo a exigência de R\$378,44.

No período de julho a dezembro, a exigência fiscal passa a ter veracidade, considerando que os respectivos valores do ICMS apurados não contam da denuncia espontânea - PAF 800000.0566/12-1, tampouco foram recolhidos pelo contribuinte. A exigência resta consignada, na forma a seguir.

	jul/12	ago/12	set/12	out/12	nov/12	dez/12
Cred. Entr.	5.455,16	1.016,34	6.671,05	10.312,20	12.485,66	4.028,23
Ant.Parcial	148,04	53,96	260,30	77,52	277,42	0,00
Simple Nac	0,00	0,00	6.869,30	1.858,18	1.939,25	1.913,84
Cred Anterior	0,00	0,00	0,00	1.842,50	0,00	2.654,57
Totais Cred.	5.603,20	1.070,30	13.800,65	12.247,90	14.702,33	8.596,64
Deb. Saídas	16.498,11	11.333,67	11.958,15	13.251,00	12.047,76	23.567,32
ICMS	10.894,91	10.263,37	-1.842,50	1.003,10	-2.654,57	14.970,68

Considerando o princípio de inalterabilidade do lançamento tributário regularmente notificado ao sujeito passivo, art. 145, CTN, que não permite sua modificação pela autoridade administrativa, exceto nos casos admitidos na mesmo diploma de normas, acolho os valores constantes do demonstrativo fiscal, fl. 19, no mesmo período, acima aludido.

jul/12	ago/12	set/12	out/12	nov/12	dez/12
8.437,22	8.256,51	3.351,40	722,11	-	13.226,44

Em face ao acima exposto, a infração é subsistente em parte, no valor de R\$35.708,05, tendo em vista que as alterações procedidas na exigência, inicialmente pretendida pelo Fisco Estadual, não obstante não ser verdadeira a afirmação do autuado que não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração, porque estava enquadrado no Simples Nacional.

Portanto, sou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130609.0169/14-3, lavrado

contra **DELUX COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**.. devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.708,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR