

**A. I. Nº** - 147074.0008/13-9  
**AUTUADO** - I M DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EPP  
**AUTUANTE** - ANTÔNIO CARLOS SALES ICÓ SOUTO  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 11.12.2014

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0237-04/14

**EMENTA: ICMS. 1.** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Não é legal consignar crédito de antecipação parcial atinente ao ICMS que não foi recolhido quando das entradas. Infração 01 parcialmente elidida após revisão. **2.** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito / débito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao acusado o direito de provar a improcedência da presunção legal. Infração 02 caracterizada. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o ICMS, convertendo-se a cobrança relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do seu valor. Infração 03 parcialmente elidida após revisão. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/12/2013 para lançar de ofício crédito tributário no valor histórico de R\$ 212.595,06, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Pagamento a menor, em decorrência de desencontro entre os valores escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) e os efetivamente recolhidos. R\$ 202.161,53 e multas de 50% e 60%, prevista no art. 42, I, “b”, 1 e II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Omissão de saídas tributáveis, constatada através de vendas através de cartões em quantias inferiores às informadas por instituições financeiras ou administradoras. R\$ 10.071,51 e multas de 60% e 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Multa sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação (para revenda), lançadas regularmente na escrita, com saídas posteriores tributadas de forma normal. Multa de R\$ 362,02, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996.

À fl. 50 foi juntado recibo de arquivos eletrônicos.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 56 a 64, na qual inicia sintetizando as acusações, aduzindo a tempestividade da peça e suscitando preliminar de nulidade.

Quanto à infração 01, alega que o autuante, no levantamento fiscal, refez a conta corrente sem indicar como constituiu a base de cálculo ou como apurou os créditos, situação que, a seu ver, prejudica o direito de defesa e inquina de vício insanável o ato administrativo.

No período auditado - conforme argumenta - optou por fazer parte do Simples Nacional, pelo que não faz sentido o regime normal de tributação adotado pela fiscalização.

Caso tais considerações não sejam acolhidas, em homenagem ao princípio da eventualidade, pede que seja observado o fato de o auditor, na reconstituição da escrita, não ter considerado os créditos de antecipação parcial e os pagamentos a título do Simples Nacional.

Assevera que refez os cálculos no anexo I da impugnação, com a dedução das cifras que entende fazer jus. Os montantes recolhidos no Regime Simplificado são aqueles indicados nos extratos de pagamento (documento 02), os quais, afirma, conferem com o demonstrativo que elaborou (anexo I).

Pede que seja realizada diligência para correções.

Nos seus dizeres, de fl. 62, *“pode-se verificar que ao final do período (12/2012) a Impugnante seria devedora de R\$ 60.520,47, restando incontroversa a PROCEDÊNCIA PARCIAL da autuação”*.

Em seguida, no que concerne à infração 03, sustenta que a fiscalização inseriu no seu levantamento, referente aos meses de maio de 2009, abril, outubro e dezembro de 2010 e fevereiro de 2011, operações objeto de devolução integral (anexo II), bem como notas fiscais oriundas do Ceará, Pernambuco e São Paulo cujos créditos não foram levados em conta (anexo III).

Com isso, o crédito tributário apurado tornou-se maior do que o que reconhece como devido, em razão de que reitera o pleito de diligência.

Protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos e conclui requerendo nulidade ou procedência parcial.

Na primeira informação fiscal, de fls. 86/87, a autoridade autuante destaca que o contribuinte somente esteve enquadrado no Simples Nacional no dia 01/01/2009, tendo ingressado e saído do mesmo nesta data, consoante o documento de fl. 95 (*“Relatório dos Períodos do Simples Nacional”*).

Apresenta novo demonstrativo da primeira infração, às fls. 88 a 91, desta feita considerando os pagamentos efetuados no indigitado Regime, com a modificação do imposto exigido de R\$ 202.161,53 para R\$ 82.853,56.

Ao comentar a defesa da infração 03, informa que afastou a cobrança da multa concernente às notas fiscais (NF) n<sup>os</sup> 47 e 1.717, por ter constatado que as respectivas mercadorias, de fato, foram devolvidas através dos documentos de fls. 76/77.

Em relação às notas de fls. 78/79, destaca que não fizeram parte do levantamento original, inclusive porque as datas das ocorrências – ambas em abril de 2008 – não foram contempladas no lançamento de ofício.

Igualmente, a NF 2.451 não enseja alteração, uma vez que já havia registrado o crédito de antecipação parcial às fls. 11 a 13 (demonstrativo).

No tocante às NF de fls. 80/81, incluiu na revisão os créditos respectivos de R\$ 56,90 e R\$ 26,96, o que não havia sido feito anteriormente.

Como resultado das correções de fls. 92 a 94, persistiu a multa de R\$ 118,81 em 2009, R\$ 30,69 em 2010 e R\$ 53,78 em 2011, com a minoração da cobrança de R\$ 382,02 para R\$ 203,28 (infração 03).

Encerra requerendo a procedência parcial da autuação.

O sujeito passivo ingressa com manifestação às fls. 101 a 105.

Mostra-se inconformado com o silêncio do auditor acerca das nulidades suscitadas e com o caráter supostamente lacônico da informação fiscal, em especial no que é relativo ao suposto enquadramento no Simples Nacional, afirmando ser absurda a alegação de que esteve enquadrado por apenas um dia, pois efetuou recolhimentos em conformidade com tal Regime até o ano de 2012.

No que se refere à segunda infração, “até mesmo para evitar repercussões penais”, alega que há nulidade por quebra de sigilo “fiscal” [bancário], já que, à luz do art. 6º da Lei Complementar 105/2001, transcrito à fl. 104, a autoridade estatal somente poderia emitir os relatórios TEF após a instauração do procedimento administrativo tributário, embora o tenha feito antes.

Pede que o lançamento de ofício seja julgado parcialmente procedente.

O autuante apresenta a segunda informação fiscal às fls. 112/113.

Primeiramente, registra que os valores lançados para obtenção de base de cálculo nos levantamentos de fls. 14 a 17 têm origem nos livros e documentos fiscais fornecidos pelo próprio fiscalizado.

Quanto à alegada opção pelo Simples Nacional, junta, à fl. 114, extrato de consulta à Receita Federal do Brasil, do qual consta a informação de que o contribuinte jamais esteve enquadrado no Regime.

Relativamente à infração 02, assinala que os relatórios TEF são fornecidos periodicamente pelas administradoras e instituições financeiras às autoridades fazendárias, ficando armazenadas nos sistemas informatizados desta Secretaria, conforme estabelece o art. 35-A da Lei 7.014/1996.

O procedimento foi instaurado por meio da Ordem de Serviço 508511/13 e da mesma resultaram as intimações de fls. 06 a 10, para a apresentação de livros e documentos. Recebido o quanto solicitado via intimações, as reduções Z foram confrontadas com os relatórios TEF, o que originou a cobrança em enfoque.

Reitera o pedido da primeira informação.

Na assentada de julgamento, o patrono do contribuinte apresentou decisão judicial da 11ª Vara Federal da Bahia, datada de 07/10/2013, a qual anula o desenquadramento (do sujeito passivo) do Simples Nacional e determina – em antecipação de tutela – que o Estado inclua e mantenha o mesmo neste Regime.

## VOTO

O auditor expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, indicando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como apontou o embasamento jurídico.

Quanto à primeira infração, dos levantamentos de fls. 88 a 91 constam todas as informações necessárias à exata compreensão do modo como foi constituída a base de cálculo e lançados os valores a título de crédito na coluna “ICMS creditado”. As quantias foram extraídas dos livros e documentos do próprio sujeito passivo, pelo que não acolho a tese de cerceamento de direito de defesa.

Além disso, não acato o argumento de que o imposto deveria ter sido calculado com base nas normas do Simples Nacional, uma vez que o autuado não estava enquadrado em tal Regime no período fiscalizado, conforme demonstram os documentos de fls. 95 e 114.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo

fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, na manifestação, nas informações fiscais e na revisão.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Indefiro o pedido de diligência, com fundamento no art. 147, I “a” do RPAF/1999, pois todos os elementos aptos a formar a convicção dos componentes deste órgão estão presentes no processo.

No mérito da infração 01, a totalidade dos créditos a que tinha direito o impugnante foi lançada. A fiscalização juntou novo levantamento às fls. 88 a 91, com o cômputo dos pagamentos efetuados de acordo com o Simples Nacional e a modificação do imposto exigido de R\$ 202.161,53 para R\$ 82.853,56.

A coluna “*DÉBITO DECLARADO*” de fls. 14 a 17 contém valores apresentados pelo contribuinte ao fisco através de denúncia espontânea, conforme informações do advogado presente na sessão de julgamento.

Não seria legal consignar crédito de antecipação parcial atinente ao ICMS que não foi recolhido quando das entradas, fato este que inclusive ensejou a proposição da penalidade da infração 03. Por isso, acolho a revisão de fls. 88 a 91, efetuada pelo auditor, de maneira que o valor lançado na infração 01 seja reduzido de R\$ 202.161,53 para R\$ 82.853,56.

Apesar da decisão judicial apresentada no dia do julgamento, uma vez que é provisória, e não definitiva, ao Estado cabe o dever de constituir o crédito para fins de evitar a decadência, obstando-se a sua exigibilidade.

O posicionamento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o lançamento deve ser efetuado, visando a prevenir decadência, mesmo diante de uma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Isso ocorre porque as hipóteses do artigo 151 do CTN não suspendem o prazo decadencial, para efetivação do lançamento, mas tão somente o prazo prescricional, para a cobrança judicial do crédito tributário. Em outras palavras, o fisco não poderá inscrever em dívida ativa ou ajuizar execução fiscal de crédito que esteja com sua exigibilidade suspensa, mas poderá efetuar o lançamento, exercendo, desse modo, o dever-poder que a lei lhe atribui.

Infração 01 parcialmente elidida.

Com relação à alegada quebra de sigilo, que o defendente denominou de “*fiscal*”, seguramente desejando referir-se ao bancário (infração 02), assinala-se que este órgão não tem competência para apreciar constitucionalidade, tampouco para negar eficácia às normas emanadas de autoridades superiores (art. 167, I e III do Decreto 7.629/1999).

A declaração de vendas em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito / débito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao acusado o direito de provar a improcedência da presunção legal (art. 4º, § 4º, VI e art. 35-A da Lei nº 7.014/1996).

O art. 6º da LC 105/2001, transcrito à fl. 104, tem o objetivo de evitar que as informações bancárias dos contribuintes sejam utilizadas com objetivos distintos daqueles para os quais as autoridades fazendárias são revestidas de atribuição legal (de fiscalizar), o que não ocorreu no caso concreto.

Contendas de ordem penal, às quais houve expressa referência na manifestação, não fazem parte da competência deste Conselho. Ademais, por motivos óbvios, a eventual declaração de nulidade ou improcedência da imputação não teria o condão de afastar, caso existente, eventual responsabilidade desta natureza.

Infração 02 caracterizada.

Por fim, no que se refere à infração 03, foram efetuadas as correções a seguir designadas. O

impugnante, tendo tomado conhecimento, não se opôs (manifestação de fls. 101 a 105).

Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o ICMS, convertendo-se a cobrança relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do seu valor, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c § 1º, da Lei nº 7.014/1996.

Verifico que foi afastada corretamente a multa relativa às notas fiscais nºs 47 e 1.717, tendo em vista as devoluções de fls. 76/77. As notas de fls. 78/79 não fizeram parte do levantamento inicial e a NF 2.451 não pode ensejar alteração, uma vez que já havia sido registrado o respectivo crédito de antecipação parcial às fls. 11 a 13. Restaram inseridos na revisão os créditos de R\$ 56,90 e R\$ 26,96, atinentes, respectivamente, às notas de fls. 80/81.

Acato o levantamento de fls. 92 a 94, elaborado pelo autuante, de modo que a infração 03, no seu montante, seja alterada de R\$ 382,02 para R\$ 203,28.

Infração 03 parcialmente elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 93.128,35, ressaltando a suspensão de exigibilidade acima referenciada.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **147074.0008/13-9**, lavrado contra **I M DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 92.925,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 82.853,56, de 70% sobre R\$8.222,40 e de 100% sobre R\$ 1.849,11, previstas no art. 42, I, “b”, 01 e III da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 203,28**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/2005.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 01 do RPAF/1999, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, alterado pelo Decreto nº 13.537/2011, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA