

A. I. N° - 299762.0016/14-1
AUTUADO - LIVRE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 27.02.2015

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0026-05/15

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E OS RECOLHIDOS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou demonstrado que foram apropriados os créditos que o autuado tem direito, bem como, para efeito da apropriação dos créditos de 10%, não cabe direito ao autuado, pois comprovado que as compras ocorreram foram do Estado. Acolhida parte das argüições defensivas. Reduzido o valor exigido. Não acolhido o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$134.508,17, por recolher a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Multa de 60%; Art.42,II, "b", da Lei nº 7.014/96.

Consta que se trata de atendimento de diligência solicitada pela DITRI em processo de denúncia espontânea. Para isso, foi refeito a conta corrente fiscal para confirmação do valor do tributo em contraponto com o declarado pelo contribuinte. Contribuinte com processo de exclusão do simples nacional, conforme Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, em débito declarado, conforme SIPRO 17.520/2012-9. Foi feita a conta corrente do contribuinte e foi identificada a utilização irregular de crédito de 10% de empresas industriais de outros estados enquadradas no simples nacional. E também se creditou de 17% em alguns casos de empresas comerciais em compras internas; algumas notas fiscais de entradas também não foram computadas da diferença entre os valores do ICMS denunciados espontaneamente e os encontrados na fiscalização foi lavrado o presente auto. O contribuinte não apresentou livros e documentos fiscais referentes aos exercícios de 2007 e 2008.

O sujeito passivo, às fls. 99 a 106, apresenta defesa afirmando, preliminarmente, nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que na leitura do demonstrativo de cálculo de ICMS, percebe-se que a Fiscalização em momento algum aponta como determinou a base de cálculo utilizada para apurar o tributo supostamente devido, bem como de onde retirou os valores dos créditos de que se valeu para calcular o montante supostamente devido, afirmando haver cerceamento do direito do contraditório.

Passa, com base no princípio da eventualidade, a atacar o mérito da questão afirmando que jamais foi notificada de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento. Com efeito, sem ter sido notificada regularmente da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, é totalmente improcedente o Auto de Infração que se dispõe a exigir da Impugnante o recolhimento de tributação pelo regime NORMAL.

Sustenta haver erro na determinação do tributo – da ausência de abatimento dos valores relativos ao ICMS pago pelo REGIME DO SIMPLES NACIONAL.

Afirma que, através da planilha em anexo (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**) a Impugnante 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. A explicação para tais

abatimentos será realizada a seguir.

Destaca que, ao repetir os valores apontados pela Fiscalização na planilha ora anexada, a Impugnante não está a concordar com todos eles (ver tópico “2.1”).

Alega que, ainda que fosse possível ser tributada pelo regime normal, caberia o aproveitamento ou dedução dos valores pagos através do SIMPLES NACIONAL, conforme planilha que apresenta.

Argumenta que o autuante ao apropriar os créditos de ICMS relativos às compras fora do Estado da Bahia (na planilha é a coluna “ICMS CREDITADO”), deixou de apropriar ao contribuinte a inteireza dos créditos a que faz jus. Como forma de resolver mais este vício, o Impugnante, em sua planilha (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**) efetua a apropriação dos seus créditos, inclusive com o crédito presumido de 10% e razão das compras feitas fora do Estado da Bahia.

Com efeito, pede- que sejam considerados como corretos os valores dos créditos de antecipações contidas na planilha ora anexada (**Erro! Fonte de referência não encontrada.**).

Conforme se lê da folha de rosto da autuação, o Fisco está a efetuar a cobrança, no que se refere aos fatos geradores supostamente ocorridos em fevereiro de 2012, do montante de R\$47.514,04. Ocorre que, segundo o autuado, lendo a planilha denominada “DEMONSTRATIVO DE DÉBITOS – IE 080010452 – LIVRE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA EPP” percebe-se que, em verdade, o valor apurado foi de R\$4.514,04. Em razão do citado erro de digitação, acresceu-se indevidamente R\$43.000,00, no quantum devido, vício este que deve ser prontamente expurgado, providência que desde já requer.

Destaca que o autuante equivocadamente apenas apurou o ICMS nas competências em que houve saldo de imposto a pagar. Ignorou, contudo, as competências em que tais valores eram menores do que zero (negativos, ou seja, créditos a que o contribuinte faria jus para compensação no período subsequente), conforme demonstra a planilha em anexo (DOC. 02).

Exemplifica através da própria planilha acostada pela Fiscalização “DEMONSTRATIVO DE DÉBITOS – IE 080010452 – LIVRE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA EPP”. Diz o autuado: “*De forma curiosa, ao invés de apurar os créditos e débitos de todos os meses, de forma a exigir o ICMS devido após as devidas compensações, o Ilustre Autuante somente cobrou o mês em que houve tributo “a pagar”, ignorando solenemente as competências em que houve tributo “a restituir”.*

Alinha que das 48 competências (de 2009 a 2012) o Fisco ignorou 40 competências em que houve crédito em favor da Impugnante, lançando apenas as 8 competências em que apurou ICMS devido e não creditamento dos valores referentes a estas competências, majorou indevidamente o quantum lançado, sendo necessária a realização de diligência fiscal a fim de que se promova a correta apuração do ICMS e, ao fim, conclua-se pela procedência parcial da autuação, conforme demonstrado na planilha ora anexada (DOC. 02).

Requer a nulidade ou procedência parcial e protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

O autuante, às fls. 120 a 122 dos autos, apresenta a informação fiscal, aduzindo que esse auto de infração foi lavrado conforme Ordem de Serviço 510424/13, também em atendimento a Diligência relativa ao Processo Nº 007.343.832 solicitada pela DITRI em processo de Denúncia Espontânea. Para isso, foi refeito a Conta Corrente Fiscal para confirmação do valor do tributo em confronto com o declarado pelo contribuinte com Processo de Exclusão do Simples Nacional, conforme Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, em Débito Declarado conforme SIPRO 179.520/2012-9. Como a empresa apresentou irregularidades foi excluída do Simples Nacional à data da concessão do enquadramento, retroativamente, e por causa disso, auditada como empresa normal. Ante esse fato foi procedida auditoria Fiscal Contábil, tendo sido lavrado Auto de Infração nº 299762.0016/14-1, para os meses do exercício de 2012 para cobrança das diferenças

encontradas.

Afirma o autuante que, apesar de todas as dificuldades impostas pela Autuada, se considerarmos que a mesma já vinha sendo intimada a mais de três meses a organizar e apresentar toda a documentação e livros fiscais, não há que se falar em NULIDADE, pois todos os procedimentos formais foram cumpridos, desde a intimação inicial da ação fiscal aos demais atos, critérios e roteiros de auditoria, praticados e utilizados pelo Autuante e que passa a demonstrar:

1 – o refazimento da conta corrente fiscal foi realizado com base nos documentos e livros fiscais do contribuinte e está claramente demonstrado conforme planilhas anexadas ao Auto de infração e recebidas em prazo hábil de defesa pelo contribuinte;

2 - foram concedidos todos os créditos (com exceção dos créditos normais em que aqui fez a retificação nos novos papeis de trabalhos anexados), que na condição de conta corrente fiscal o contribuinte tem direito, ou seja, oriundos de recolhimento da antecipação parcial no mês do efetivo recolhimento, os constantes das notas fiscais de entrada pelas aquisições das mercadorias comercializadas e ainda aqueles que o contribuinte realizou na condição de Simples Nacional;

3 - quanto aos débitos foram consideradas todas as reduções Z e Notas Fiscais de Venda emitidas pelo contribuinte em todos os meses dos períodos apurados.

Afirma que não há que se falar em decadência, pois os períodos apurados e cobrados estão dentro dos prazos legais de alcance da cobrança legal do Estado, e apenas foram alegados sem fundamento legal pela defesa do autuado em sua tentativa de impugnar a cobrança líquida e certa do tributo devido pela autuada.

No que tange ao mérito, afirma que a autuada foi desenquadradada do SIMPLES NACIONAL com efeito retroativo a 01/07/2007, por ter sido apurado que a mesma faz parte de empresas do mesmo grupo financeiro e familiar e ainda com interposição fictícia de pessoas através de processo de desenquadramento fundamentado na legislação pertinente ao regime de tributação. Após a publicação do edital de desenquadramento a autuada tomou conhecimento do seu desenquadramento e teve o prazo legal de trinta dias para apresentar o arrazoado de fundamentos em sua defesa o que efetivamente não o fez.

Informa que, ciente da nova condição de apuração do valor a recolher de ICMS sobre as suas operações mercantis, ou seja, conta corrente fiscal, apresentou DMA (s) Declarações mensais de apuração e também denúncia espontânea dos valores que confessava devidos como resultantes das apurações mensais do tributo. Observa o autuante que o sujeito passivo, contraditóriamente, alega em sua defesa às fls. 56 em nota de rodapé que desconhece a origem dos créditos que a autuante utilizou para efetuar o abatimento (coluna declarado). Estranho desconhecer os valores que foram fornecidos e declarados por ele mesmo em denúncia espontânea.

Alega o autuante que adiciona a essa Informação Fiscal, além daquelas já constantes do Auto de Infração, mais informações pra não haver dúvidas quanto à forma de identificação da base de cálculo, conforme segue:

a – O contribuinte fez Denúncia Espontânea através de Processo Administrativo Fiscal regularmente protocolado na SEFAZ onde declara os valores de débitos (pág. 04, 05 e 06 desse PAF - Documentos emitidos pelo sistema de Informação Fiscal do Contribuinte da SEFAZ), mas Alega em sua defesa em nota de rodapé que desconhece a origem dos créditos que a autuante utilizou para efetuar o abatimento (coluna declarado). Estranho desconhecer os valores que foram fornecidos e declarados por ele mesmo em denúncia espontânea

b – Demonstrativo de Débito: Confronto entre os valores declarados em Processo de Denúncia Espontânea como ICMS a pagar pelo contribuinte e os novos valores encontrados pela fiscalização (pág. 07 desse PAF).

c – Planilhas Apuração de Débito utilizando os créditos fiscais encontrados pela fiscalização diretamente das notas fiscais de entradas do contribuinte Planilha Excel com a nova apuração do débito encontrado na auditoria: Conta Corrente corrigida realizada pela Auditoria (Créditos Fiscais encontrados na auditoria e Débitos Fiscais lançados pelo contribuinte em seu Livro de Apuração de ICMS); (págs. 08 a11) considerando:

Os Créditos Fiscais normais da conta corrente refeita pela fiscalização;

Crédito Fiscal referente aos valores recolhidos pelo contribuinte com a Receita de 709 -ICMS Simples Nacional valores históricos.

Os Créditos Fiscais referentes aos valores recolhidos com a Receita de 2.175 relativo à Antecipação Parcial; foram utilizados na apuração dentro do mês em que ocorreu o recolhimento.

d - Novo levantamento do ICMS crédito fiscal pela fiscalização a partir, das Notas fiscais de entrada apresentadas pelo contribuinte. (Retificação dos lançamentos dos créditos fiscais realizada pelo contribuinte no seu LREM) (pág. 12 a 34 desse PAF acima) – foram lançados nº de Nota Fiscal, Data da Nota Fiscal, Valor Total, Base de Cálculo e ICMS que o contribuinte tem direito:

Foram corrigidos os créditos fiscais utilizados a mais pelo contribuinte em compra interestadual a empresas industriais enquadrados na condição de Simples Nacional – utilizou-se automaticamente do percentual de 10% quando deveria utilizar do crédito destacado na nota fiscal (pág. 08 a 13 desse PAF – com os lançamentos e diários). Já na pág. 14 deste PAF pode-se observar o resumo dos valores mensais);

e – Cópias dos Livros de Registro de Entradas do contribuinte; (pág. 35 a pág. 90).

Alega que, como pode ser observado abaixo, RICMSBA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, o Crédito Presumido só é permitido nas compras internas do Estado:

Do Crédito Presumido

Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:

Nota: A redação atual da parte inicial do inciso XXVIII do caput do art. 96 foi dada pela Alteração nº 119 (Decreto nº 11523, de 06/05/09, DOE de 07/05/09), efeitos a partir de 07/05/09.

Quanto à alegação de que estava no Simples Nacional, afirma que a empresa apresentou irregularidades e foi excluída do Simples Nacional à data da concessão do enquadramento, retroativamente, e por causa disso, auditada como empresa normal conforme Processo de Exclusão do Simples Nacional, Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, em Débito Declarado conforme SIPRO 179.520/2012-9

No que tange aos créditos da antecipação parcial, como foi tratado no ponto ‘f’ acima dessa Informação Fiscal e os Papéis de Trabalho localizadas às páginas 08, 09, 10 e 11 do presente processo, foram considerados os Créditos Normais do conta corrente., àqueles referentes a pagamentos de Antecipação Parcial (Receita 2.175) (Na Planilha como Cred. Antec.) e os valores pagos a títulos de Simples Nacional (Receita 709) (Na Planilha como Outros Cred.).

O autuante reconhece que houve um equívoco no momento da lavratura do Auto de Infração: Em vez de ser lançado o valor correto de R\$ 4.514,04 conforme o Demonstrativo de Débito na página 07 desse presente PAF, ocorreu uma digitação errada no valor de R\$47.514,04 que deve ser corrigido:

- Conta corrente feita pela fiscalização

Conta Corrente ICMS 2008 a 2012										
Ano/Mês	Entradas							Saídas		Apuração
	Val Contl	Trib	Outras	Créd	Cred Ante	CRE SN	Total	Valor Conta	Tributada	
2012										17%
Fev	26.883,50	26.676,50	207,00	1.927,85	1.112,03	1.726,15	4.766,03	62.706,69	62.706,69	10.660,14
										5.894,11

DEMONSTRATIVO DE DÉBITOS					
Ocorrência	Vencimento		Débito Apurado	Débitos Declarado	Débitos Devido
29/02/2012	09/03/2012		5.894,11	1.380,070	4.514,04

O autuado, às fls. 131 a 140 dos autos, volta a se manifestar apresentando, inicialmente, quadro sistematizado da defesa e informação fiscal.

QUADRO SINÓTICO DA IMPUGNAÇÃO			
ITEM	INFRAÇÃO	FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO	ALEGAÇÕES DA MANIFESTAÇÃO FISCAL
A	01	NULIDADE - DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO	Afirma que a Impugnante já vinha sendo intimada “a” (sic) mais de 3 meses para organizar e apresentar todos

			<i>os seus livros fiscais, tendo havido o cumprimento de todos os procedimentos formais para a lavratura do auto de infração.</i>
B	01	MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A TRIBUTAÇÃO PELO REGIME NORMAL DE CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL	Afirma o Autuante que a Impugnante fora desenquadrada do SIMPLES através de edital (16/2012), não tendo apresentado defesa do seu desenquadramento desde aquela época.
C	01	MÉRITO – ERRO NA DETERMINAÇÃO DO TRIBUTO – NÃO APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS DE 10% EM COMPRAR FEITAS FORA DO ESTADO DA BAHIA	Aumentou o valor do ICMS exigido decorrente de créditos que julgou que a Impugnante utilizou a maior. Efetuou a diferenciação entre créditos de ICMS em razão da origem. Afirmou que o crédito de 10% só é permitido em compras feitas dentro do Estado.
D	01	MÉRITO – ERRO NA DETERMINAÇÃO DO TRIBUTO – NÃO APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS NO SIMPLES NACIONAL	O autuante silenciou
E	01	DIGITAÇÃO EQUIVOCADA NA COBRANÇA DO ICMS	O autuante reconheceu o erro
F	01	DA NÃO APROPRIAÇÃO DOS CRÉDITOS FAVORÁVEIS À IMPUGNANTE	O autuante silenciou
G	01	A IMPUGNANTE JAMAIS TRATOU DE DECADÊNCIA!!!!!!!!!	INEXISTÊNCIA DE DECADÊNCIA

Alega silêncio do autuante quanto às afirmações defensiva do quadro acima, itens E e F.

Quanto as dificuldade para fiscalizar, afirma que não se sabe em que se fundamenta o Autuante para proferir esta acusação. Na autuação, aliás, inexiste qualquer menção a qualquer “dificuldade”.

Argumenta que a autuação deve vir acompanhada de informação técnica de como foi obtida a base de cálculo. A leitura da autuação, contudo, apenas traz informação lacônica da autuação. Aduz que o texto descritivo da folha de rosto é vazio, inócuo. Não traz qualquer informação do modus de apuração do tributo, ou seja, a explicação resumiu-se à descrição da acusação apenas.

Aduz que simplesmente anexar documentos e mais documentos à autuação, de forma desordenada, não a torna menos nula. O fato da Impugnante ter assinado termo confirmando o recebimento desta tal documentação também não torna mais clara a autuação. Não obstante, a tentativa de explicação do modus de autuação também não é capaz de salvar o auto. Primeiro, porque foi rasa, não houve efetiva explicação do trabalho desenvolvido, origem dos números, etc. E segundo porque, ainda que tivesse sido profunda, ou seja, ainda que efetivamente tivesse reconhecido o erro e explicado de maneira clara como procedeu à autuação, o Autuante continuaria a violar princípios básicos da ampla defesa e do contraditório.

Alega que, ainda na hipótese de correção da nulidade, o oferecimento do prazo de 10 dias para manifestação ofende os citados princípios. Isto porque se dá um prazo de 30 dias para impugnar uma autuação nula, e apenas 10 dias para impugnar a manifestação fiscal que pretende esclarecer a forma de autuação.

Entende que materialmente houve redução do prazo para defesa.

Mantém o pedido da nulidade.

Quanto ao suposto edital, constante da fl. 121, que a Impugnante fora intimada ATRAVÉS DE EDITAL acerca da sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, afirma que conta à fl. 120 um borrão ilegível. Não há qualquer documento ali. Não há prova nenhuma de qualquer edital. Impugna-se, pois, a citada documentação. Entende que de mais a mais, ainda que existisse, o próprio Autuante teria trazido aos autos a demonstração de uma grave ilegalidade.

Afirma que à luz da legislação vigente em 2012, a exclusão do regime do SIMPLES NACIONAL não poderia ser feita através de edital. Assim, a intimação EDITALÍCIA não poderia produzir efeito. Ato contínuo, para todos os efeitos legais, a Impugnante continua optante pelo SIMPLES NACIONAL. A LC 123/06 determina, de maneira suficientemente clara, que o desenquadramento/exclusão do SIMPLES deve se dar através de notificação ao sujeito passivo, cabendo ao ente federativo que promoveu a exclusão providenciar a ciência ao contribuinte. É que se entende da leitura do art. 29, §§ 3º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 123/06.

Argumenta que, de maneira bastante didática, também, o art. 16 trata da matéria da notificação pessoal acerca da exclusão do regime diferenciado do SIMPLES, prevendo o sistema de comunicação eletrônica, e ainda prevendo que o contribuinte que optar por tal sistema de comunicação aceitará ser cientificado de diversos atos, inclusive o de exclusão, através do mencionado meio. Os incisos I e II do §1º-B do citado art. 16 determinam que o sistema de comunicação eletrônica será regulamentado pelo CGSN, que é o Comitê Gestor do Simples Nacional.

Afirma ainda que, seguindo à leitura da Lei Complementar nº 123/06, percebe-se ser IMPERATIVO que o contribuinte deve ser notificado pessoalmente da sua exclusão do programa, conforme previsão EXPRESSA do art. 39, §4º.

Através de norma com efeitos a partir de janeiro de 2012, o CGSN – através da Resolução 94 de 2011, publicada no DOU de 1º de dezembro de 2011, previu, em seu art. 110, em especial o seu inciso I, a obrigatoriedade de notificação pessoal do contribuinte da sua exclusão do SIMPLES.

Alinha não haver dúvidas de que as notificações de exclusão do sistema do SIMPLES deve ocorrer através de notificação ao sujeito passivo, cabendo ao ente federativo que promoveu a exclusão providenciar a ciência ao contribuinte (art. 29, §§ 3º, 5º e 6º da LC 123/06). Evidente, também, que a exclusão de ofício deve seguir as normas do CGSN, conforme redação do citado §3º: “A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes”. Mais evidente ainda é que o CGSN – através da Resolução 94 de 2011, vigente a partir de janeiro de 2012, trouxe, em seu art. 110, “I” e §1º e incisos – a obrigatoriedade de notificação pessoal do contribuinte acerca de quaisquer atos administrativos, INCLUÍDOS OS RELATIVOS À EXCLUSÃO DO SIMPLES.

Alega que, se desde janeiro/2012 a resolução do CGSN, que exige a notificação pessoal eletrônica da exclusão do SIMPLES, já estava vigente e era de observância obrigatória, como validar o ato do Estado da Bahia que, depois do advento da norma, contrariando a tal Resolução CGSN 94/2011, promoveu a exclusão da Impugnante através de “editor”?

Acrescenta estar claro que não houve a observância da lei quando da tentativa de excluir a Impugnante do regime do SIMPLES, motivo pelo qual, para todos os efeitos, deve ela ser considerada como ainda optante.

Em relação ao Autuante ter “corrigido”, em sede de manifestação fiscal, erro cometido quando da autuação, qual seja a suposta utilização pela Impugnante de crédito fiscal superior ao devido, afirma que não se pode reformar uma autuação para prejudicar o contribuinte e, em segundo lugar, ainda que fosse possível este procedimento, deveria ser tratado como uma nova autuação, dando inclusive um novo prazo de impugnação não inferior a 30 dias. Oferecer 10 dias ofende corolários básicos da ampla defesa e do contraditório.

Assinala, no que é pertinente à obrigatoriedade da concessão de crédito de ICMS de 10% nas compras feitas fora do estado da BAHIA o autuante quis fazer distinção de origem de mercadoria para fins de concessão do crédito presumido de 10% nas compras feitas junto a empresas optantes pelo SIMPLES. Afirma o Autuante que tal crédito somente é concedido quando as compras são feitas em empresas dentro do Estado da Bahia. No seu entender, então, as compras feitas fora do Estado da Bahia não mereceriam este crédito presumido. Defende, portanto, a distinção entre fornecedores.

Alinha que tal atitude, contudo, não encontra respaldo constitucional e, por óbvio, jurisprudencial. O STF reiteradamente decidiu que distinções não previstas na Constituição com o fito de promover incentivos e desenvolvimentos locais somente podem ser concedidos com a autorização o CONFAZ. No caso concreto, na tentativa de promover o desenvolvimento do Estado da Bahia e beneficiar os contribuintes de dentro do Estado, o Fisco tenta limitar o incentivo do crédito presumido, negando seu uso quando as compras são feitas fora da Bahia. Essa segregação, contudo, é inconstitucional, daí porque a Impugnação deve ser provida, neste particular.

Reitera a Impugnante todos os fundamentos e pedidos promovidos quando da sua defesa.

O autuante, às fls.151 a 155 dos autos, apresenta nova manifestação fiscal afirmando que, em relação ao quadro sinótico apresentado pelo contribuinte, considera que os itens A, B, C e E já se encontram devidamente fundamentados na informação fiscal anterior localizado na página 120 desse processo fiscal. Com relação ao item G nada precisa também a ser comentado, todos concordamos que não há decadência.

Quanto ao Item D - alega o contribuinte que “o autuante silenciou” sobre o ponto “DA NÃO APROPRIAÇÃO DOS CRÉDITOS FAVORÁVEIS À IMPUGNANTE” – pode-se observar na página 124 (relativo à primeira Informação Fiscal) deste PAF no ponto 5 que esse assunto já foi tratado adequadamente, e que transcreve aqui:

“Como foi tratado no ponto ‘f’ acima dessa Informação fiscal e os trabalho localizadas às páginas 08, 09, 10 e 11 do presente processo, foram considerados os Créditos Normais do conta corrente, àquelas referentes a pagamentos de Antecipação Parcial (Receita 2.175) (Na Planilha como Cred. Antec,) e os valores pagos a títulos de Simples Nacional (receita 709) (na Planilha como Outros Créd.)

Destacando mais uma vez: nas planilhas apresentadas na autuação todos os créditos foram devidamente considerados especialmente “e os valores pagos a títulos de Simples Nacional (receita 709) (na Planilha como Outros Créd.)”.

Para o Item F – diz alegar o contribuinte que “o autuante silenciou” sobre o ponto “DA NÃO APROPRIAÇÃO DOS CRÉDITOS FAVORÁVEIS À IMPUGNANTE ” – A comprovação do ponto anterior serve para mostrar que a impugnação não tem consistência: todos os créditos foram devidamente considerados – “...os Créditos Normais do conta corrente, àquelas referentes a pagamentos de Antecipação Parcial (Receita 2.175) (Na Planilha como Cred. Antec,) e os valores pagos a títulos de Simples Nacional (receita 709) (na Planilha como Outros Créd.)

Apresenta Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional "DA EXCLUSÃO DE OFÍCIO"

DOU de 1º.12.2011

Da Exclusão de Ofício

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

RICMS/BA - Decreto 13.780/12

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão.

Finaliza mantendo o A. I., conforme essa Informação Fiscal complementando a anterior na página 120 desse PAF.

VOTO

O presente lançamento de oficio, ora impugnado, contempla a infração por recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Conforme já relatado, trata de atendimento de diligência solicitada pela DITRI em processo de denúncia espontânea. Foi feita a conta corrente fiscal do contribuinte para confirmação do imposto por ele declarado.

Informa o autuante que, conforme Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, em débito declarado conforme SIPRO 17.520/2012-9, foi feita a conta corrente do contribuinte e foi identificada a utilização irregular de crédito de 10% de empresas industriais de outros estados enquadradas no simples nacional.

O autuante identificou, também, que o sujeito passivo se creditou de 17% em alguns casos de empresas comerciais em compras internas; algumas notas fiscais de entradas também não foram computadas da diferença entre os valores do ICMS denunciados espontaneamente e os encontrados na fiscalização. Afirma que o contribuinte não apresentou livros e documentos fiscais referentes aos exercícios de 2007 e 2008.

O sujeito passivo alega nulidade em razão de não ter sido demonstrado como o autuante chegou à base de cálculo. O autuante, para não restar dúvidas, quanto à forma como foi apurado imposto devido, detalha em sua informação fiscal, com a devida ciência do autuado, apresentando mais informações para afastar qualquer questionamento, conforme segue:

a – O contribuinte fez Denúncia Espontânea através de Processo Administrativo Fiscal regularmente protocolado na SEFAZ onde declara os valores de débitos (pág. 04, 05 e 06 deste PAF - Documentos emitidos pelo sistema de Informação Fiscal do Contribuinte da SEFAZ), mas Alega em sua defesa em nota de rodapé que desconhece a origem dos créditos que a autuante utilizou para efetuar o abatimento (coluna declarado). Estranho desconhecer os valores que foram fornecidos e declarados por ele mesmo em denúncia espontânea

b – Demonstrativo de Débito: Confronto entre os valores declarados em Processo de Denúncia Espontânea como ICMS a pagar pelo contribuinte e os novos valores encontrados pela fiscalização (pág. 07 desse PAF).

c – Planilhas Apuração de Débito utilizando os créditos fiscais encontrados pela fiscalização diretamente das notas fiscais de entradas do contribuinte Planilha Excel com a nova apuração do débito encontrado na auditoria: Conta Corrente corrigida realizada pela Auditoria (Créditos Fiscais encontrados na auditoria e Débitos Fiscais lançados pelo contribuinte em seu Livro de Apuração de ICMS); (págs. 08 a 11) considerando:

Os Créditos Fiscais normais da conta corrente refeita pela fiscalização;

Crédito Fiscal referente aos valores recolhidos pelo contribuinte com a Receita de 709 -ICMS Simples Nacional valores históricos.

Os Créditos Fiscais referentes aos valores recolhidos com a Receita de 2.175 relativo a Antecipação Parcial; foram utilizados na apuração dentro do mês em que ocorreu o recolhimento.

d - Novo levantamento do ICMS crédito fiscal pela fiscalização a partir, das Notas fiscais de entrada apresentadas pelo contribuinte. (Retificação dos lançamentos dos créditos fiscais realizada pelo contribuinte no seu LREM) (pág. 12 a 34 desse PAF acima) – foram lançados nºº de Nota Fiscal, Data da Nota Fiscal, Valor Total, Base de Cálculo e ICMS que o contribuinte tem direito:

Foram corrigidos os créditos fiscais utilizados a mais pelo contribuinte em compra interestadual a empresas industriais enquadrados na condição de Simples Nacional – utilizou-se automaticamente do percentual de 10% quando deveria utilizar do crédito destacado na nota fiscal (pág. 08 a 13 desse PAF – com os lançamentos diários). Já na pág. 14 deste PAF pode-se obsevar o resumo dos valores mensais);

e – Cópias dos Livros de Registro de Entradas do contribuinte; (pág. 35 a pág. 90).

Assim, não considero ter havido qualquer cerceamento de defesa por falta de informações e detalhamento quanto à forma de apurar a base de cálculo.

Alega ainda o autuado, quanto a nulidade, que, mesmo na hipótese de correção da nulidade, o oferecimento do prazo de 10 dias para manifestação, após a informação fiscal, ofende o princípio da ampla defesa. Isto porque se dá um prazo de 30 dias para impugnar uma autuação nula, e apenas 10 dias para impugnar a manifestação fiscal que pretende esclarecer a autuação.

Quanto a esta questão o RPAF em seu art. 18, §1º, determina que as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da

intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Ainda que houvesse omissões dos dados constantes do Auto de Infração, o autuante ofereceu uma informação fiscal detalhada, conforme acima reproduzida, e foi dado ao autuado ciência, com o prazo acima previsto.

Diante do exposto, não há como acolher as arguições de nulidades alinhadas pelo impugnante.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, o autuante em suas informações fiscais, esclareceu, mais de uma vez, os procedimentos adotados, não restando necessidade de encaminhar o PAF para maiores esclarecimentos ou mesmo nova apuração do imposto devido, conforme solicitado.

No mérito, não cabe melhor sorte aos argumentos defensivos, na medida em que afirma não ter sido notificado regularmente do desenquadramento do SIMPLES NACIONAL, pois foi excluído do Simples Nacional por Edital, à data da concessão do enquadramento, retroativamente. O autuado não questiona que a exclusão foi por Edital, apenas contesta essa forma de comunicação, que a empresa foi auditada como empresa normal, conforme Processo de Exclusão do Simples Nacional, Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, em Débito Declarado conforme SIPRO Nº 179.520/2012-9.

Conforme Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94/2011, "DA EXCLUSÃO DE OFÍCIO" DOU de 1º.12.2011, art. 75, §2º, será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º -A a 1º -D; art. 29, §§ 3º e 6º).

Regulamenta o Decreto Estadual nº 13.780/12, em seu Art. 327, que na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão.

As arguições do autuado, portanto, não tem amparo, pois, o procedimento para exclusão e a forma de sua comunicação foram devidamente atendidas.

Quanto aos alegados erros na determinação do tributo com a ausência de abatimento dos valores relativos ao ICMS pago pelo REGIME DO SIMPLES NACIONAL; que o autuante ao apropiar os créditos de ICMS relativos às compras fora do Estado da Bahia (na planilha é a coluna “ICMS CREDITADO”), deixou de apropiar ao contribuinte a inteireza dos créditos a que faz jus, conforme demonstra o autuante, consta da Informação Fiscal e os Papéis de Trabalho localizadas às páginas 08, 09, 10 e 11 do presente processo, que foram considerados os Créditos Normais do conta corrente., àqueles referentes a pagamentos de Antecipação Parcial (Receita 2.175) (Na Planilha como Cred. Antec.) e os valores pagos a títulos de Simples Nacional (Receita 709) (Na Planilha como Outros Cred.).

O autuante reconhece que houve um equívoco no momento da lavratura do Auto de Infração: Em vez de ser lançado o valor correto de R\$ 4.514,04 conforme o Demonstrativo de Débito na página 07 desse presente PAF, ocorreu uma digitação errada no valor de R\$47.514,04 que deve ser corrigido, apresentando novo demonstrativo de débito para a infração em lume.

Alega o sujeito passivo que o autuante ignorou as competências em que os valores eram menores do que zero (negativos, ou seja, créditos a que o contribuinte faria jus para compensação no período subsequente), conforme demonstra a planilha em“De forma curiosa, ao invés de apurar os créditos e débitos de todos os meses, de forma a exigir o ICMS devido após as devidas compensações, o Ilustre Autuante somente cobrou o mês em que houve tributo “a pagar”, ignorando solenemente as competências em que houve tributo “a restituir”.

Conformem ficou demonstrado, o autuante apropriou todos os créditos que tinha direito o autuado. Ainda que efetivamente ocorressem períodos em que havia tributo a restituir, caberia ao sujeito passivo adotar os procedimentos constantes do art. 73 e seguintes do RPAF/BA.

No mérito alega o autuado erro na determinação do tributo em razão de o autuante não apropriar créditos de 10% em compras feitas fora do estado da Bahia. Quanto a esta alegação, mais uma vez, cabe razão ao autuante, quanto aponta e reproduz o art. 96, inciso XXVIII do RICMS, determinando que tais créditos são relativos à aquisições internas.

É importante registrar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, especialmente no que alude a Súmula nº 166 do STJ, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o lançamento e o presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
31/03/2010	09/04/2010	274,84	274,84	60%
29/02/2012	09/03/2012	47.514,04	4.514,04	60%
31/07/2012	09/08/2012	9.008,17	9.008,17	60%
31/08/2012	09/09/2012	4.876,14	4.876,14	60%
30/09/2012	09/10/2012	5.864,50	5.864,50	60%
31/10/2012	09/11/2012	8.498,50	8.498,50	60%
30/11/2012	09/12/2012	9.228,32	9.228,32	60%
31/12/2012	09/01/2013	49.243,66	49.243,66	60%
TOTAL		134.508,17	91.508,17	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299762.0016/14-1, lavrado contra **LIVRE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$91.508,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala da Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA