

A. I. N° - 206903.0001/13-5
AUTUADO - BRUNELI MODAS LTDA ME
AUTUANTE - RITA DE CASSIA SILVA MORAES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 24.03.2015

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0046-05/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. É devido o pagamento, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na entrada de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Razões de defesa não elide a acusação fiscal. Tal exigência independe do regime de apuração adotado. Infração subsistente 2. RECOLHIMENTO A MENOS POR ERRO NA APURAÇÃO. Restou comprovado que o regime de apuração do imposto é o de conta corrente fiscal. Refeitos os cálculos, concedendo os créditos reclamados na ação fiscal, relativo a antecipação parcial tributária. Infração subsistente em parte. 3. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O imposto lançado em função da omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração subsistente 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE OPERAÇÕES. MULTA. No caso em análise, em que pese não ter havido contestação da infração pelo deficiente, os demonstrativos que dão sustentação a autuação, não permite saber ao certo quais são as informações dos registros omitidos nos Arquivos Magnéticos, nem tampouco os valores das operações omitidas para calcular a multa devida. Logo, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, de ofício declaro nula a Infração 3. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/06/2013, exige crédito tributário no valor de R\$219.431,81, conforme documentos às fls. 15 a 89 dos autos, em razão da constatação de quatro irregularidades relacionadas ao ICMS, a saber:

1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, em diversos meses dos exercícios de 2008 a 2009, conforme demonstrativo às fls. 24 a 63 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$7.325,05, mais multa de 50%.
2. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses dos exercícios de 2008 a 2009, conforme demonstrativo às fls. 64 a 65 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$192.534,07, mais multa de 50%.
3. Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigidos(s) na legislação trituraria, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, inerentes aos meses dos exercícios de 2008 a 2009, conforme demonstrativo às fls. 66 e 67 dos autos. Lançado multa no valor de R\$18.275,49.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, em alguns meses dos exercícios de 2008 e 2009, conforme demonstrativo às fls. 68 e 69 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$1.297,20, mais multa de 70%.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 93 a 96 dos autos, na qual impugna toda exigência do lançamento do Auto de Infração nº 206903.0001/13-5 em epígrafe, pelas as razões que a seguir descrevo:

Diz que, no exercício regular de suas atividades, desempenha o comércio varejista de artigos do vestuário e acessórios, enquadrando-se como empresa de pequeno porte. Nesse contexto, aduz que atende a todos os requisitos da Lei Complementar nº 123/2006, para recolhimento de seus tributos no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Destaca que a fiscalização alega suposta irregularidade no sentido de que deveria ter apurado conta corrente no período fiscalizado de 2008 a 2009, pois jamais teria se enquadrado no Simples Nacional. Desta forma, observa que a infração combatida não está apta a produzir os efeitos pretendidos, pois sempre esteve enquadrada no regime especial do Simples Nacional.

Diz que a Lei Complementar nº 123/2006 remeteu ao Comitê Gestor a disciplina da obrigação acessória relativa ao termo de opção, tendo firmado as seguintes diretrizes: (1) a opção será irretratável para todo o ano-calendário (cf. art.16); (2) a opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor (cf. art. 16, §3º); (3) o indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor (cf. art. 16, §6º).

Destaca, também, que, à época dos fatos geradores, a opção pelo Regime Especial do Simples Nacional era disciplinada na Resolução CSGN nº 4, de 30 de Maio de 2007, onde chama a atenção quanto aos seguintes aspectos: (1) a opção pelo Simples Nacional dava-se por meio da internet, sendo irretratável para todo o ano-calendário. Observa, então, que a opção era realizada no mês de janeiro, até seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção (cf. art. 7º); (2) o agendamento da opção, com prazo para regularização das pendências assinaladas no sistema, deu-se apenas com advento da Resolução CSGN nº 56, de 23 de março de 2009, portanto, com efeitos a partir do ano-calendário de 2010; e (3) foram consideradas inscritas no Simples Nacional, de forma tácita, as ME e as EPP que, em 1º de julho de 2007, já eram optantes pelo regime tributário da Lei nº 9.317/96.

Nesse contexto, no exercício de 2008, diz que se encontrava enquadrada no Regime Especial do Simples Nacional, sem qualquer oposição de Fisco, seja da Receita Federal do Brasil ou da

SEFAZ/BA, destacando, que, desde então, todas as obrigações acessórias foram declaradas e processadas pela Receita Federal do Brasil, sob o regime especial do Simples Nacional.

Diz, ainda, que não houve qualquer irregularidade no Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS, guia própria para o recolhimento unificado dos tributos, bem como na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN.

Portanto, alega que sempre cumpriu suas obrigações acessórias dentro do regime especial do Simples Nacional, regularmente processadas no sistema da Receita Federal do Brasil, tanto que conta com Certidão Conjunta Negativa de Débitos relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, válida até 24/10/2012 que diz anexar. Assim, pela própria regularidade fiscal da empresa, diz que se mostra inverossímil a alegação de que jamais esteve enquadrada no Simples Nacional, impossibilitando a exigência de crédito tributário desde 2008, como pretende a fiscalização. Aliás, destaca que o próprio sistema da SEFAZ/BA indica o enquadramento da empresa como empreendimento de pequeno porte.

Nesse contexto, diz mostrar-se indevida a exigência perpetrada na notificação fiscal relativa ao exercício de 2008 e 2009, não havendo termo de exclusão ou termo de indeferimento de opção para tal exercício.

Sob outra perspectiva, por precaução, frente ao princípio da eventualidade, na remota hipótese de manutenção do lançamento, destaca que se verificam algumas inconsistências no trabalho fiscal, conforme a seguir:

A partir da submissão ao regime de apuração normal, em substituição ao Simples Nacional, a fiscalização deveria, o autuante, ter observado o disposto no art. 330-A do RICMS/BA, vigente à época, que permitia a utilização de crédito fiscal relativo às mercadorias tributadas constantes no seu estoque, no momento de inclusão no regime normal de apuração do ICMS.

Inclusive, diz que essa questão já foi objeto do Parecer nº 03010/2010 de 26/02/2010 do próprio Estado da Bahia, reconhecendo a observância do procedimento encartado no art. 330-A, III, do RICMS, ora invocado.

Destaca que o equívoco em questão deve, inclusive, conduzir à nulidade do lançamento, nos termos do art. 18 do RPAF, por vício formal comprometendo a rigidez e segurança do crédito tributário exigido.

Por outro lado, diz que sempre se pautou dentro do regime especial do Simples Nacional. Além disso, todas as obrigações acessórias transmitidas pela empresa seguiram o mesmo critério, sem qualquer oposição do Fisco, até então. É seu entendimento que essa situação torna perfeitamente aplicável o disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN, que determina a exclusão da imposição de penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, que o cita.

Por todo o exposto, requerer julgar nulo o auto de infração ou, subsidiariamente, no mérito, improcedente o lançamento, com o conseqüente arquivamento do presente processo. Requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito.

A autuante em sua informação fiscal, às fls. 101 a 102 dos autos, destaca que a ação fiscal desenvolveu-se em torno de 04 (quatro) infrações básicas, que as citam. Em seguida diz que todo o trabalho foi alicerçado em informações fornecidas pela autuada através dos documentos e seus livros fiscais, além dos controles internos da SEFAZ onde constam que a autuada nunca esteve enquadrada como Simples Nacional, conforme dados cadastrais e relatório dos períodos que diz anexar.

Isto posto, estribado no lídimo direito à busca de apreciação da matéria junto aos dignos Julgadores do CONSEF, requer a total procedência deste Auto de Infração em tela, por absoluta justiça

Em sessão suplementar do dia 28/01/2014, a 3^a JJF (fls. 109/110) deliberou pela conversão do presente processo em diligencia ao Fiscal Autuante para atender a seguinte solicitação:

- Primeiro, juntar ao presente processo elementos probantes de que o Impugnante encontrava-se ou não inscrito no Simples Nacional, à época da ação fiscal, 01/01/2008 a 31/12/2009, como afirma que estava o impugnante, considerando que os documentos acostados aos autos não são suficientes para comprovar tal alegação;
- *Segundo*, destacar, em relação à Infração 01, como a fiscalização obteve as informações de entradas das mercadorias no estabelecimento da Impugnante. Caso tenham sido obtidas através de informações do próprio Impugnante, via Arquivo SINTEGRA, acesso a Nota Fiscal de Entrada, Livro de Registro Fiscal de Entrada, informar, inclusive, conforme o caso, acostando aos autos cópias de elementos probantes, que comprove a efetiva entrada dos produtos no estabelecimento da impugnante.
- Terceiro, demonstrar, em relação à infração 01, como chegou aos valores apontados nos demonstrativos acostados às fls. 24/63, relativo ao ICMS Antecipado pago pelo Impugnante, já que o mesmo diz carecer de revisão, conforme se observa na descrição do item 26 (fl. 96) do instrumento de defesa.
- Quarto, demonstrar, em relação à infração 02, de forma analítica, mês a mês, como chegou aos valores dos créditos constituídos no demonstrativo às fls. 64/65, bem assim os débitos, já que a acusação é de erro na apuração dos valores do imposto, com isso oportunizar a Impugnante o direito ao contraditório na assertiva de que no período da ação estaria enquadrada no Regime Normal de Apuração do ICMS e não Simples Nacional, como diz afirmar em sua defesa;

Comprovado ou não que a Impugnante estava enquadrada no Regime Normal de Apuração do ICMS dentro do período fiscalizado, depois de cumprido os quatro itens solicitados acima, o órgão competente da INFRAZ deve dar cientificar a Impugnante, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo.

Por outro lado, comprovado de que efetivamente os novos argumentos de defesa, não elidem efetivamente a infração, ou elidem parcialmente, ou totalmente, o Fiscal Autuante deve prestar, ainda, nova informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA.

A Fiscal Autuante, às fls. 113 a 114, atendendo a Diligência Fiscal solicitada pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, conforme as fls. 109 e 110 dos autos informa:

- 1) Primeiro, com referência ao elemento probante de que o impugnante não se encontrava inscrito no Simples Nacional, junta ao PAF às fl. 115, consulta realizada no sítio da Receita Federal do Brasil (Simples Nacional), onde consta que a autuada em nenhum momento fez opção pelo Simples Nacional.
- 2) Segundo, quanto a obtenção das informações das entradas de mercadorias, referente à Infração 1, todos os demonstrativos foram elaborados a partir dos arquivos magnéticos (SINTEGRA). Porém, após intimação para apresentação dos livros de Entrada, Saída e Apuração, com o objetivo de esclarecer os fatos através da informação fiscal, foram solicitados e entregues os livros fiscais (o que não foram apresentados durante a fiscalização), vide anexo ao PAF às fls. 174/312..
- 3) Terceiro, com relação aos valores relativos ao ICMS Antecipado pago, apontados nos demonstrativos acostados às fls. 24/63, diz anexar as relações de DAEs, referente aos exercícios de 2008, 2009 e 2010, onde constam os valores recolhidos pela autuada.

4) Quarto, preliminarmente, os créditos e débitos constantes nos demonstrativos às fls. 64/65, foram calculados a partir das informações apresentadas nas DMA's pelo contribuinte, aplicando a alíquota de 7% nas entradas (referente a produtos oriundos dos estados do sul) e 17% nas saídas (pois suas vendas são realizadas internamente). Com a apresentação dos livros de entradas, saídas e apuração, diz ter elaborado demonstrativos analítico das entradas (referente ao ICMS creditado), aplicando as alíquotas de 17%, realizadas na BA e 7% para compras realizadas fora do estado, e considerou os valores constantes nos livros de saídas e apuração (referente ao ICMS debitado), aplicando a alíquota de 17%, além de considerar os créditos referentes aos valores antecipados.

Ao final, refez os demonstrativos do conta corrente referente aos exercícios de 2008 e 2009, encontrando ICMS reclamados nos valores de R\$87.637,64 e R\$105.684,95 respectivamente, que apresentam pequenas diferenças entre os valores encontrados no Conta Corrente original, no valor de R\$87.532,65 em 2008 e R\$105.001,45 em 2009.

Ressalta que, conforme consulta realizada no sítio da Receita Federal do Brasil (Simples Nacional), a empresa nunca foi optante do Simples Nacional e que foram considerados os valores recolhidos como Simples Nacional no conta corrente, conforme Relação de DAE's em anexo.

Consta dos autos, às fls. 315/316, Termo de Intimação e documento de encaminhamento via postal por AR (Correios), com data de recebimento em 17/05/14, convocando o autuado a tomar ciência da Informação Fiscal às fl. 113/114 dos autos, dos novos demonstrativos e documentos que a integram, e o defendant não se manifestou.

Em sessão suplementar do dia 24/07/2014, a 1^a JJF (fls. 319/320) decidiu converter o presente processo em nova diligência ao Fiscal Autuante para atender a seguinte solicitação:

- Elaborar novo demonstrativo de débito para a infração 2, compensando, também, os valores destacados na infração 1, referente ao ICMS por antecipação provenientes das aquisições de mercadoria de fora do Estado, relativo as colunas “*ICMS Antecipado*” e “*Diferença de ICMS*”, conforme cada mês de ocorrência.

Concluída a diligencia, de acordo com o art. 149-A, c/c § 1º, do art. 18, do RPAF/99, o órgão competente da INFRAZ deve cientificar o Autuado, fornecendo-lhes no ato da intimação cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias nos termos do §7º do art. 127 do mesmo diploma legal, para sobre eles se manifestarem, caso assim desejam.

A Fiscal Autuante, à fl. 325, atendendo a Diligência Fiscal solicitada pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal nos termos às fls. 319/320, informa que:

- 1) Primeiro, refez os demonstrativos do conta corrente referente aos exercícios de 2008 e 2009, considerando os valores pagos por Antecipação Parcial e os reclamados na Infração 1, conforme solicitado, encontrando ICMS reclamados nos valores de R\$87.576,38 e R\$95.257,65 respectivamente.
- 2) Segundo, os créditos referentes aos recolhimentos da antecipação parcial em determinado mês refere-se ao mês anterior, como exemplo: o crédito em janeiro de 2008 é referente ao valor recolhido referente ao mês de dezembro de 2007, tendo sido o pagamento realizado no dia 25/01/2008.
- 3) Terceiro, quanto aos valores reclamados na Infração 1, considerou os valores em seus meses respectivos conforme planilhas das fls. 24 a 63, não lançando os valores nos meses subsequentes.

Por fim, depois de cumprida a solicitação, encaminhou o presente PAF ao setor responsável para devidas providências por parte da Inspetoria Fazendária.

Consta dos autos, às fls. 334/335, Termo de Intimação e documento de encaminhamento via postal por AR (Correios), com data de recebimento em 24/10/14, convocando o autuado a tomar ciência da nova Informação Fiscal constante das fl. 319/320 dos autos, com os demonstrativos e documentos que a integram, e o deficiente, não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de defesa com plenitude.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência para a produção de todos os meios de prova, especialmente a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, mesmo porque todas as dúvidas advindas da constituição do crédito, argüidas ou não pelo deficiente, já foram sanadas por duas intervenções dos componentes deste órgão de julgamento de primeira instância, conforme os termos dos pedidos da 3^a e 1^a JJF, acostados aos autos às fls. 109/110 e fls. 310/320, respectivamente, cumpridos e atendidos pela própria Fiscal Autuante, inclusive, com alterações nos valores do débito cobrado, tendo sido dado ciência ao sujeito passivo na forma da norma legal, conforme os Termos de Intimações às fls. 315 e 334 dos autos, em que, o sujeito passivo, se manteve silente nas duas oportunidades.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS antecipação parcial recolhido a menor, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Simples Nacional, referente aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, inerente à primeira infração, no valor de R\$7.325,05, previsto no art. 352-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; como também a exigência de ICMS no valor de R\$192.534,07, por ter recolhido a menor em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, relativo ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, inerente à segunda infração, com enquadramento no art. 116 e incisos, art. 124, inciso I, ambos do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97; bem assim a aplicação de multa de R\$18.275,49 por omissões no fornecimento de informações do ICMS, através de arquivo Magnético nos anos de 2008 e 2009, previstos nos arts. 686 e 708-B do mesmo diploma legal, referente à terceira infração; e por fim, a cobrança de ICMS, no valor de R\$1.297,20, por omissão de saídas de mercadorias tributável apurada através de entradas de mercadorias não registradas, correspondente a quarta infração, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, novembro do ano de 2008, e março, abril, maio e junho de 2009, conforme os termos dos arts. 2º, § 3º, inciso IV, 50, 60 inciso I, 124, inciso I, 218, 322 e 936 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Impõe esclarecer que o sujeito passivo não traz aos autos qualquer argumento de defesa relacionado ao mérito das autuações, exceto, quanto a afirmar de que esteve sempre enquadrada no regime especial do Simples Nacional, na forma do que dispõe a LC 123/06, dentro do período da ação fiscal, sem apresentar qualquer elemento probante, e que por isso, à luz do seu entendimento, não lograria êxito qualquer das autuações aplicadas no Auto de Infração em tela.

Sobre a afirmação de que esteve sempre enquadrada no regime especial do Simples Nacional, observo que uma das solicitações deliberadas pela 3^a JJF no dia 28/01/2014 (fls. 109/110) foi para que a autuante juntasse aos autos elementos probantes, mais contundentes, para a época da ação fiscal, informações do regime fiscal de enquadramento do sujeito passivo.

Em atendimento ao pedido de diligência, a autuante destaca que, por consulta realizada no sítio da Receita Federal do Brasil, na forma do documento acostado à fl. 115 dos autos, vê-se que a impugnante em nenhum momento fez opção pelo Simples Nacional, em que pese constar do

Relatório de DAE's dos anos de 2008 e 2009, de forma esporádica, arrecadação de receita com o Código-709 ICMS Simples Nacional.

Assim, de pronto, me abstenho de levar avante tal argumento defensivo na análise da lide, mesmo porque, os dados do Cadastro de Contribuintes da SEFAZ-BA, extraídos do Sistema INC, às fls. 314 e 333 dos autos, têm-se a informação de que o sujeito passivo apura o ICMS através do Conta Corrente Fiscal, além de não constar qualquer registro de que é optante do Simples Nacional, ou, tampouco, de que em algum momento de sua existência tenha sido optante do Simples Nacional, muito menos nos anos de 2008 e 2009, período de ocorrência do fato gerador do Auto de Infração em tela. Aliás, há a informação, nos Dados Cadastrais do defendant, de que houve um indeferimento de opção do Simples Nacional, datado de 01/03/2010, por Edital.

Há de se observar que, na forma dos termos do art. 140, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Em dois momentos, após sua manifestação de defesa, o sujeito passivo teve oportunidade de contestar os termos da autuação, por pedido deste órgão de julgamento em primeira instância, conforme os documentos acostados aos autos às fls. 315 e 334, inclusive com concessão de prazo de 30 dias em relação o primeiro termo e 10 dias no segundo termo, porém se manteve silente.

Ademais, ainda cabe destacar que, nos termos do art. 143 do mesmo diploma legal, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. O que não se observa no presente PAF, exceto o argumento de que estaria enquadrado no Simples Nacional e que por isso, à luz do seu entendimento, seria indevida toda exigência fiscal, bem assim, sob a perspectiva de manutenção do lançamento fiscal, a aplicação do art. 330-A, do RICMS/BA, que diz não ter sido observado pelo autuante, onde permite a utilização de crédito fiscal relativo às mercadorias tributadas constantes do seu estoque no momento de inclusão no regime normal de apuração.

Portanto, não tendo o contribuinte se manifestado nem apresentado suas razões de defesa, quanto aos fatos novos acrescidos pela Fiscal Autuante, quando das Informações Fiscais prestadas às fls. 113/114 e 325, todas com documentações anexas, inclusive com apresentações de novos demonstrativos para a segunda infração, apesar de intimado neste sentido, considero como houvesse a aceitação tácita pelo sujeito passivo dos fatos que lhe são imputados para todo o Auto de Infração em tela, inexistindo lide, em destaque neste momento para as infrações 1 e 2.

Sobre a aplicação do art. 330-A, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, restaria razão ao sujeito sua observação na apuração do débito apontado na infração 2, que diz respeito a recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, caso a autuação houvera sido em função de exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando este a apurar o imposto pelo regime normal.

Ocorre que a autuação decorre de erro na apuração dos valores do imposto por conta do sujeito passivo, ter tomado a atitude equivocada de que estaria enquadrada no Simples Nacional, não apurando o imposto devido, através da metodologia de conta corrente fiscal em suas operações, já que, todo o tempo de sua existência, sempre esteve amparado pelo regime de conta corrente fiscal, conforme se vê registrado nos seus dados cadastrais junto a SEFAZ/BA (fls. 314 e 333), reforçado, inclusive, com apresentação dos livros fiscais (LRE, LRS e LAICMS) na forma das cópias acostadas às fls. 174 a 312 dos autos, de todo o período da autuação, onde se observa claramente procedimentos de registros para contribuinte enquadrado no regime normal, que, aliás, é o elemento de causa da autuação.

Isto posto, em relação a infração 1, que diz respeito ao ICMS antecipação parcial recolhido a menor, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Simples Nacional, referente aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, é devido o pagamento, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na entrada de mercadorias

adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Aliás tal exigência independe do regime de apuração adotado. Infração subsistente.

Por sua vez, quanto a infração 2 que relaciona a exigência de ICMS, por ter recolhido a menor em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, dado o entendimento do defendant de estar enquadrado no Simples Nacional, restou comprovado que o regime de apuração do imposto é o de conta corrente fiscal. Refeitos os cálculos, concedendo os créditos reclamados na ação fiscal, relativo à antecipação parcial tributária. Infração 2 subsistente em parte.

Sobre a infração 3, que diz respeito a cobrança de multa por fornecimento de informações, através de arquivo magnético, requerido mediante intimação, em que pese os cálculos não terem sido impugnados, observo, em respeito ao princípio da segurança de crédito tributário, equívocos no lançamento que afetam a sua eficácia, não podendo ser corrigidas no presente processo administrativo fiscal, vez que não se restringe a apenas a apuração da base de cálculo e sim o fulcro da autuação.

A aplicação da multa tipificada no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, é por conta do sujeito passivo ter infringido os artigos 686 e 708-B do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que, na sua essência, obriga aos contribuintes, usuários do SPED, entregar a Fazenda Pública Estadual, as informações atinentes ao registro fiscal de sua movimentação econômica na sua totalidade, o que, à luz da acusação, não ocorreria nos anos de 2008 e 2009.

Por conta da ausência de informações de registro, com a entrega de informações em arquivo eletrônico nos anos de 2008 e 2009, foi aplicada a multa tipificada no art. 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, que traz em seu bojo a seguinte redação:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

Portanto, a multa, dado o enquadramento da infração 3, é para ser calculada sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, no caso específico, pela acusação, seria sobre o valor da operações omitidas.

Observando o demonstrativo de débito da infração, vê-se às fls. 66 e 67, que a Fiscal Autuante apõe na Coluna “**Valor das Saídas Omitidas nos Arquivos Magnéticos**” as quantias relativas aos volumes totais de saídas do mês, conforme se pode comprovar nos demonstrativos das DMA’s acostadas às fls. 71 e 74, calculando a multa a partir desses valores, assumindo então a prerrogativa de que o sujeito passivo teria omitido todas as informações de saídas, o que, à luz dos demonstrativos que dão sustentação a autuação (fls. 71/74), não foram essas as omissões.

Na realidade, à luz dos demonstrativos que dão sustentação a autuação (fls. 71/74), vê-se informações de diferenças (informações dos Arquivos Magnéticos versus informações das DMA’s), no período da ação fiscal, para alguns meses da autuação e não em todos os meses como deixa entender no demonstrativo de débito da infração às fls. 66 e 67; e mesmo assim não deixa claro, nos demonstrativos que fundamentam a autuação, quais registros foram omitidos nos arquivos eletrônicos, já que não se relacionam com os Termos das Intimações às fls. 16 e 17 dos autos, o que dificulta sobremaneira o exercício do direito de defesa do sujeito passivo.

O § 1º do art. 18 do RPAF/99 admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões possam ser corrigidas e com isso determinar a natureza da infração e o montante do débito. No caso em análise, em que pese não ter havido contestação da infração 3 pelo defendant, os demonstrativos que dão sustentação a autuação, não nos permite saber ao

certo quais são as informações dos registros omitidos nos Arquivos Magnéticos, nem tampouco os valores das operações omitidas para calcular a multa devida. Logo, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, de ofício, declaro nulo a Infração 3, o que de pronto represento a autoridade competente para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF-BA/99.

Por fim, em relação à infração 4, que diz respeito a a cobrança de ICMS, por omissão de saídas de mercadorias tributável apurada através de entradas de mercadorias não registradas. O defendente manteve-se silente sobre a acusação. Assim, como já destacado anteriormente, na forma dos termos do art. 140, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Infração 4 subsistente

Cabe destacar, entretanto, que o imposto lançado, na infração 4, em função da omissão de entradas, não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Portanto, diante de tais considerações, subsiste a infração 1 no valor original histórico de R\$7.325,05, em parte a infração 2, com a alteração do valor original histórico de R\$192.534,07 para o valor de R\$182.834,05, conforme os novos demonstrativo de débitos às fls. 328 e 331 dos autos, bem assim, subsiste a infrações 4 no valor original histórico de R\$1.297,20; e nula de ofício a infração 3, na forma do § 1º do art. 18 do RPAF/99, com recomendação de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, conforme os termos do art. 21 do RPAF-BA/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 206903.0001/13-5, lavrado contra **BRUNELI MODAS LTDA ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$191.456,30**, acrescido das multas de 50% sobre R\$7.325,05, 60% sobre R\$182.834,05 e 70% sobre R\$1.297,20, previstas no art. 42, incisos I, “b-1”; II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de março de 2015

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR