

A. I. Nº - 110120.0001/10-8
AUTUADO - JEFFERSON NAGATA BRITO
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 21/05/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0101-03/15

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Imputação efetuada com base em levantamento de conta corrente fiscal. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% para mercadorias sujeitas a tributação e 1% para as mercadorias não tributáveis. Os cálculos foram refeitos pela autuante, para excluir os valores relativos às notas fiscais comprovadamente registradas no livro fiscal próprio, ficando reduzido o valor originalmente exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2010, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$276.864,96, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 05.08.01: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de dezembro de 2007 a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$136.053,91. Multa de 70%.

Infração 02 – 03.01.05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de julho e dezembro de 2008; janeiro de 2009. Valor do débito: R\$819,65. Multa de 50%.

Infração 03 – 07.15.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2008; janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2009. Valor do débito: R\$21.601,58. Multa de 60%.

Infração 04 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$29.689,98.

Infração 05 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$88.699,84.

O autuado apresentou impugnação às fls. 202 a 233 do presente PAF, alegando que se impõe, por imperativo lógico à análise da questão prejudicial. Diz que a alegação da prejudicialidade representa a pendência de processo administrativo junto à Receita Federal, discutindo o enquadramento do impugnante no SIMPLES, protocolado em 18/03/2010 sob o nº 10580.722539/2010-73, comprovante anexo (fls. 49 a 53). Diz que antes de enfrentar a questão de mérito, que é a questão principal posta à apreciação do julgador, outras questões devem ser decididas. Tais questões são chamadas de questões prévias e caracterizam-se pela indispensabilidade de sua resolução, para que a questão principal possa ser examinada e decidida. São antecedentes lógicos à questão principal. As questões prévias podem ser de duas espécies, quais sejam: questões preliminares e as questões prejudiciais. No caso em tela, o defendente afirma que se interessa pelas questões prejudiciais. Afirma que a questão prejudicial é um impedimento, um empecilho ao desenvolvimento normal e regular do processo. São todas as questões de fato e de direito que, por necessidade lógica, devem ser analisadas antes da questão principal e podem, em tese, até mesmo ser objeto de processo autônomo. Diz que o deslinde da questão principal depende da prévia solução da questão prejudicial e está subordinado àquela. Cita as características da questão prejudicial

Com relação à questão prejudicial, cita ensinamentos de Adroaldo Fabrício e diz que o posicionamento da jurisprudência pátria, sobre a necessidade de prévio deslinde das questões prejudiciais, para, só depois, ser apreciada a questão de mérito segue no mesmo rumo da melhor doutrina processualista, conforme decisões do STF e STJ que reproduziu.

O defendente requer a suspensão do presente PAF até o deslinde da questão prejudicial ora apresentada, retornando-se o curso normal do presente processo após o enquadramento da firma individual Jefferson Nagata Brito no Simples, quando entende que o débito apurado no presente Auto de Infração deverá ser recalculado segundo os ditames da Lei Complementar nº 123/2006.

Informa que se trata de empresa constituída em 01/10/2004, ocasião em que fez opção pelo regime simplificado das micro e pequenas empresas, o SIMPLES Federal, instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e pelo regime simplificado estadual, o SIMBAHIA, instituído pela Lei Estadual nº 7.357/98. A Empresa tinha como objeto o comércio varejista de artigos de caça, pesca e camping. Informa que em 01/12/2004 a Prefeitura Municipal de Salvador acusou pendências cadastrais e negou o registro da firma individual Jefferson Nagata Brito, alegando suposto vínculo entre esta e a sociedade empresarial Chapada Explorações Ltda., da qual o empresário Jefferson Nagata era sócio. (fls. 54 e 55). A Prefeitura de Salvador alegou que a sociedade empresária Chapada Explorações teria pendências cadastrais com a Municipalidade e por este motivo não poderia proceder ao registro da firma individual Jefferson Nagata Brito. Salienta que as dificuldades opostas pela Prefeitura de Salvador representaram o começo da “via crucis” da empresa pelo emaranhado cipoal de dificuldades burocráticas e entraves ilegais, perpetrados pela

Administração Pública da municipalidade através de abusos de direito. Diz que é cediço que pessoas jurídicas diferentes tenham existência distinta de seus membros e personalidades distintas entre si, não importando terem um sócio em comum. Entende que a conduta da Prefeitura de Salvador, de vincular a firma individual Jefferson Nagata Brito à sociedade empresária Chapada Explorações Ltda., pelo fato de o titular daquela ser sócio desta, para fins de cadastro na Administração Pública Municipal, nada mais foi que desconsiderar as personalidades jurídicas das empresas, levando em conta tão somente as personalidades das pessoas naturais que as compõem. Cita o entendimento da doutrina e a jurisprudência quanto a este assunto apresentando a conclusão de que apenas, se comprovado cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica, é que cabe falar em desconsideração, tratando-se, portanto, de medida excepcionalíssima. Entende que deve prevalecer a autonomia, sendo uma exceção a desconsideração, diferentemente do que faz a Prefeitura de Salvador.

Também foi alegado que a Prefeitura de Salvador obrigou o defendente a amargar uma inadimplência que não existia, ao proceder de maneira arbitrária, praticando a desconsideração da personalidade jurídica das empresas para imputar ao impugnante obrigações que não eram suas. Afirma que o Poder Municipal de Salvador praticou abuso de direito. Entende que ao agir dessa maneira a Administração Pública de Salvador criou obstáculos até então intransponíveis para que o impugnante concretizasse sua opção pelo SIMPLES.

Informa que se tratava de uma empresa nova, sem máculas, manchada apenas pela pecha de inadimplente que lhe lançou a Prefeitura de Salvador, num flagrante abuso de direito e cerceando o impugnante de desfrutar da justa proteção constitucional e legal ao pequeno empresário. Diz que apesar da famigerada alegação de “pendências cadastrais”, em 10/05/2007 a Prefeitura de Salvador, através da SUCOM, emitiu um Termo de Viabilidade de Localização -TVL provisório para o impugnante, com validade até 20/04/2009. O impugnante seguia sua vida de pequena empresa, desenvolvendo suas atividades comerciais e, como era considerada irregular apenas pela Prefeitura de Salvador, seguia recolhendo seus tributos pela sistemática do SIMPLES e do SIMBAHIA, enquanto mendigava a inscrição municipal na Prefeitura de Salvador. Mais de dois anos e meio depois de ser registrado o impugnante ainda pendia sem inscrição municipal, exclusivamente pela persistência da Prefeitura de Salvador no abuso de direito. Salienta que em 01/07/2007 ocorreu o início da vigência da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o SIMPLES Nacional, revogou as legislações federal e estadual vigentes até então e estabeleceu competências concorrentes dos três entes federativos tributantes, o que foi uma temeridade. Se a desorganização e abusos de direito da Prefeitura de Salvador já atrapalhavam bastante as empresas que precisavam se inscrever no cadastro municipal e obter inscrição municipal, qual não foi o tamanho do estrago quando esse caos que o defendente relatou passou a influenciar nos cadastros das empresas junto aos demais entes federativos.

Diz que o art. 16 do Novel Diploma do SIMPLES previa a opção automática para as empresas optantes pelo SIMPLES na sistemática anterior, contudo, em 17/09/2007 o impugnante foi “agraciada” pela Prefeitura de Salvador com um Termo de Indeferimento da opção pelo Simples Nacional, de nº 6445/2007. A razão de o impugnante não ter conseguido aderir ao SIMPLES Nacional até então, passados mais de dois meses de sua vigência, foi, única e exclusivamente, a insistência da própria Prefeitura de Salvador em classificar o impugnante como “contribuinte não inscrito” por vincular o cadastro de duas pessoas jurídicas distintas, o impugnante e a sociedade empresária Chapada Explorações, perpetrando o abuso de direito e inviabilizando assim o ingresso do impugnante no novo sistema simplificado. Os demais entes federativos não auditavam as informações da Prefeitura de Salvador sobre a regularidade das empresas, apenas as acatavam, como ocorreu com a falsa “irregularidade” da Impugnante. O defendente informa que, irrisignado com esta situação absurda, deu entrada em 17/10/2007 no processo administrativo nº 67.365/2007, visando impugnar o indeferimento da opção pelo Simples Nacional, pela Prefeitura Municipal de Salvador, no processo nº 6445/2007.

Informa que em 23/11/2007 entrou com o processo administrativo nº 76.927/2007, para abertura de estabelecimento filial e reiterar o requerimento da inscrição municipal, na Prefeitura Municipal de Salvador. Tudo isso a fim de tentar fazer tramitar o registro da Jefferson Nagata Brito na Prefeitura de Salvador e obter a inscrição municipal pendente por mais de 37 (trinta e sete) meses, desde a fundação da Empresa, em 01/10/2004. Nesta mesma data, 23/11/2007, dando prosseguimento à abertura do estabelecimento filial, o impugnante requereu à SUCOM o Termo de Viabilidade de Localização – TVL, para atividade da Empresa no endereço da filial. O defendente prossegue informando que em 26/11/2007, continuando com o processo de abertura do estabelecimento filial, procedeu ao arquivamento da alteração do Requerimento de Empresário na JUCEB, para a abertura do estabelecimento filial. E, finalmente, em 13/12/2007 a SUCOM liberou o Documento de Arrecadação Municipal – DAM referente ao TVL da filial. Neste instante ficou patente que os cadastros da Prefeitura Municipal de Salvador não mereciam confiança. A Administração Pública Municipal liberou a instalação de um estabelecimento filial de uma empresa que ela própria, a Prefeitura de Salvador, considerava “não inscrito”. Passados agora mais de quatro anos da abertura da Impugnante, em 25/01/2008 o requerimento à Receita Federal para enquadramento dos estabelecimentos matriz e filial no Simples Nacional, foram “indeferidos” por alegada “pendência cadastral” junto à Prefeitura Municipal de Salvador, pela existência de vínculo entre o titular da Impugnante e sociedade empresária Chapada Explorações. Diz que na ocasião, restou provado que não existiam pendências fiscais com a Receita Federal. A Prefeitura de Salvador persiste na conduta de abuso de direito e desconsideração da personalidade jurídica autônoma das empresas entre si e em relação às pessoas que as compõem. Prosseguindo, o autuado informa que em 29 de janeiro de 2008 voltou a requerer as inscrições municipais, dos estabelecimentos matriz e filial à Prefeitura de Salvador, tendo sido informado em 09 de fevereiro de 2008 que as “pendências” junto à Prefeitura de Salvador estavam “liberadas”, e as inscrições municipais da matriz e filial realizadas com sucesso, segundo “acompanhamento da solicitação CNPJ via internet” em 11/02/2008. No ano de 2008 o prazo limite para opção ao Simples Nacional foi estendido pelo CGSN para 15/02/2008, sendo esta também a data limite para regularização das pendências, para fins de opção pelo SIMPLES Nacional. Contudo, apesar de as pendências do impugnante terem sido “liberadas” pela Prefeitura em 09/02/2008, como dito anteriormente, ou seja, 6 (seis) dias antes do vencimento, o impugnante foi informado de mais um Termo de Indeferimento opção Simples Nacional em 14/03/2008, sob a alegação da existência de um débito não previdenciário com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, que restou provado não existir. O impugnante diz que em 05 de maio de 2008 entrou com o processo administrativo nº 25.996/2008 visando à impugnação do indeferimento à opção ao Simples Nacional para o ano-calendário 2008, uma vez que, segundo “acompanhamento da solicitação CNPJ pela internet”, ou seja, segundo o próprio sistema de gestão do Simples Nacional, as pendências do impugnante haviam sido totalmente regularizadas em 09 de fevereiro de 2008 e o prazo havia sido estendido pelo CGSN até 15/02/2008. Salienta que o cumprimento do prazo pelo Impugnante foi prejudicado pelas demoras da Prefeitura Municipal de Salvador em responder as demandas que lhe foram postas à apreciação, sem contar com as inúmeras respostas erradas que deu ao impugnante e informações erradas que forneceu aos demais entes federativos que compõem o sistema do Simples. Diz que a prova do quanto afirmado é que em 19 de outubro de 2009 a Prefeitura de Salvador expediu para o estabelecimento filial do Impugnante, através da SUCOM, um Termo de Viabilidade de Localização – TVL, definitivo, mas com a descrição errada das atividades econômicas (constando a atividade de aluguel de equipamentos recreativos e esportivos, que havia sido excluída do objeto da empresa, e ausente a atividade de comércio de vestuário) - fls. 56 e 57.

O defendente entende que está sobejamente provado que a Prefeitura de Salvador foi a grande responsável por todas as agruras pelas quais passou. Não apenas pelos erros que cometeu na lide com as informações para consumo próprio, dela Prefeitura, pelos erros dos outros entes, baseados nas informações da Administração Pública de Salvador.

Prosseguindo, o defendente comenta sobre a razoabilidade e a proporcionalidade, citando ensinamentos de Humberto Ávila em sua obra sobre a força normativa e aplicabilidade dos princípios jurídicos. Também se refere aos ensinamentos do professor Helenilson Cunha sobre o princípio da proporcionalidade.

Após as considerações sobre o Direito Tributário, sua identificação com o Direito Penal e os princípios que instruem toda a aplicação do ordenamento jurídico pátrio, o impugnante reafirma que é empresa de pequeno porte, que cumpre sua função social de fazer circular riquezas e proporcionar trabalho digno aos que a compõem e as demais pessoas envolvidas com os outros agentes da cadeia produtiva. Diz que as empresas com esse perfil são dirigidas por pequenos empresários que dominam as técnicas das atividades que desenvolvem, mas não estão preparados para enfrentar o cipoal burocrático que os cerca. Afirma que além de não conhecer detalhadamente o conjunto de direitos e obrigações, principais e acessórias, da realidade que o cerca, essa espécie de empresário também não tem estrutura decisória ou operacional que lhe apóie nas decisões e ações. Salienta que o pequeno empresário tem que fazer tudo sozinho, ao mesmo tempo, e é uma questão de sobrevivência. Reconhece expressamente essas limitações para enfrentar o cipoal de regras burocráticas no processo administrativo nº 10580.722539/2010-73, protocolado em 18/03/2010, visando a impugnação do termo de indeferimento do Simples Nacional. Informa que num determinado instante vislumbrou a possibilidade de ampliar suas atividades, de cumprir ainda melhor sua função social e adicionou uma atividade ao objeto da empresa vedada pela Lei Complementar nº 123 aos optantes pelo Simples Nacional. O fez somente em hipótese, posto que a inclusão da atividade de gestão de instalações esportivas no objeto do impugnante se tratou, literalmente, de ato preparatório ao exercício da atividade, nada mais que isso. O defendente salienta que nunca requereu à Prefeitura de Salvador autorização para confeccionar talonário de notas fiscais de prestação de serviços; jamais poderia prestar serviços de “gestão de instalações esportivas” se nunca teve um talão de notas fiscais de prestação de serviços. Alega que neste caso, é uma situação muito familiar ao Direito Penal: impunibilidade de atos preparatórios e delito impossível. Assegura que no caso em tela não foi concluída sequer a fase dos atos preparatórios. O potencial ofensivo do Impugnante às normas do Simples é absolutamente nulo. Cita julgados do STF corroborando a assertiva de impunibilidade dos atos preparatórios. O defendente afirma que o montante do auto de infração seria desproporcional à ofensividade do equívoco administrativo do impugnante, que, aliás, se comprovou ser inofensivo ao sistema do simples nacional, apesar de a atividade vedada constar no objeto do impugnante, seria impossível concretizar sua prática, em decorrência de não haver completado o processo e não ter requerido autorização da Prefeitura de Salvador para confeccionar talão de nota fiscal de serviço.

Quanto às infrações 04 e 05, que se referem à falta de registro de notas fiscais de entrada de mercadorias, o defendente alega que comercializa uniformes e brindes do Esporte Clube Bahia, cuja procura é muito grande, mas também varia muito em função do desempenho do Clube nos certames que participa. Que frequentemente as transportadoras entregam mercadorias em desconformidade com os pedidos de compras feitos pelos lojistas aos fornecedores. As desconformidades das mercadorias entregues, em relação aos pedidos de compras se dão por diversos motivos, tais como avarias, mercadorias entregues fora dos prazos, mercadorias incluídas no lote que não foram objeto do pedido de compras, embalagens violadas, itens faltando etc.

Informa que, para comprovar as assertivas, anexa aos autos cópias de algumas notas fiscais de produtos totalmente diferentes dos comercializados pelo impugnante (de outros times), mas destinadas ao Impugnante e com seu endereço para a entrega. (fls. 62 a 65). Salienta que a procura aumenta se o Clube estiver indo bem nos campeonatos e às vésperas dos jogos decisivos e diminui com os insucessos ou quando terminam os campeonatos. Que se ouve na imprensa sobre o “encalhe”, não só das camisetas da Seleção Brasileira de Futebol, após a derrota na Copa do Mundo, mas de toda uma leva de produtos verde e amarelos. Muitas vezes as embalagens,

caixas de papelão, são propositalmente danificadas para possibilitar o furto de uma ou mais unidades de uniformes das caixas antes das entregas. Ao receber as mercadorias danificadas o impugnante assina o canhoto de entrega das mercadorias, passa a ser responsável pelo pagamento do frete; terá que chamar a transportadora para coletar as mercadorias a serem devolvidas e atrasa o processo de devolução, além de ter que obstar a cobrança da duplicata de venda mercantil. Sobre esse fato esclarece que, ao chegarem mercadorias acompanhadas das respectivas notas fiscais, mas em desconformidade com os pedidos de compra, tais mercadorias são sumariamente recusadas. É a conduta costumeira no comércio em geral, ditando as regras de conduta mais práticas para todos os agentes envolvidos (fornecedor, transportador a impugnante) simplesmente recusar-se a receber a mercadoria em desconformidade, quando acontece alguma dessas hipóteses, as mercadorias não são devolvidas, posto que sua entrada no estabelecimento não tenha ocorrido, as mercadorias são recusadas ainda em poder da própria transportadora, e é o costume arraigado no comércio em geral, conforme pode ser visto nas amostras anexadas aos autos (fls. 66 e 67). Informa que nas hipóteses de recusa de recebimento de mercadorias, o Impugnante sequer tem acesso às mercadorias recusadas e suas respectivas notas fiscais, motivo pelo qual não as registrou. Frisa ainda que entre as notas fiscais apontadas como “não registradas” estão também notas fiscais de insumos necessários à atividade da Impugnante, como embalagens, cujas cópias anexou (fls. 68).

O defendente salienta que, se os argumentos apresentados anteriormente não forem acolhidos, há que se verificar o erro cometido pela autuante ao preencher o campo destinado à “Infração nº 05”, possivelmente erro de digitação. Diz que a autuante relatou a existência de notas fiscais de entrada não registradas no livro de Registro de Entradas, que não ocorreu por má-fé, mas se não forem acolhidos os argumentos sobre a forma costumeira de recusar a entrega das mercadorias desconformes, os parâmetros constantes nas infrações 04 e 05 resultam no valor de R\$8.905,22 para a infração 05 e não R\$88.699,84, constantes no Auto de Infração.

Em relação à exclusão do Simples, o defendente apresenta o entendimento de que está provado que a Prefeitura de Salvador cometeu abuso de direito ao proceder à desconsideração da personalidade jurídica do impugnante e da sociedade empresária Chapada Explorações, por conta própria, sem fundamento legal e sem autorização judicial. Fez confusão entre os direitos e obrigações dessas pessoas jurídicas e seus componentes, jogou todos na vala comum da inadimplência e obstaculizou injusta e ilegalmente a adesão automática do impugnante ao Simples Nacional. A Prefeitura de Salvador também foi responsável pelos erros aos quais induziu os demais entes federativos, pela imprecisão das informações que lhes repassou. Por tudo o quanto exposto, conclui que o presente auto de infração nunca, em tempo algum, poderia ter sido lavrado com base em outra legislação que não a do Simples Nacional, regime pelo qual o defendente assegura que sempre apurou e recolheu seus tributos, desde a data da sua abertura em 1º de outubro de 2004. Diz que a consulta aos “Editais de Exclusão do SIMPLES” na página do Simples, no sítio da Receita Federal do Brasil, usando como argumento de busca o CNPJ do impugnante, obtém como resposta que este CNPJ não consta nos editais de exclusão do Simples. Diz que é matéria pacificada pelos Tribunais Superiores que, para a exclusão do Simples é imprescindível a notificação do contribuinte excluído, para que possa exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa no devido processo legal, corolários constitucionais do Estado de Direito. Sobre o tema em análise cita julgamento unânime da Primeira Turma do STJ em 15/05/2007. Por fim, o defendente apresenta os seguintes pedidos:

1. Sejam acolhidos os argumentos defensivos para suspender o presente processo administrativo, em decorrência da existência de questões prejudiciais.
2. Seja novamente calculado o auto de infração, com as bases de cálculo, alíquotas e acréscimos legais que regulamentam os procedimentos do Simples Nacional.
3. Sejam acolhidos os argumentos defensivos quanto à inclusão da atividade gestão de instalações esportivas e seja considerada sem efeito esta alteração no objeto do Impugnante.

4. Seja expurgada a importância de R\$ 88.699,84 do presente Auto de Infração; ou alternativamente, seja considerado o erro de cálculo e/ou digitação referente à “Infração nº 05” e reduzido o valor deste item para R\$ 8.905,22.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 272 a 274 dos autos. Esclarece que a empresa Jefferson Nagata Brito, CNPJ 07.015.358/0001-37 e Inscrição Estadual 64.848.833 entrou com defesa versando, principalmente, sobre os impasses junto a Secretaria Municipal da Fazenda de Salvador para resolver problemas quanto a inclusão indevida de atividade que impedia a empresa de se inscrever no Simples Nacional. (fls. 208 a 225). Diz que os problemas com a Secretaria Municipal da Fazenda de Salvador só foram sanados em janeiro de 2010. A empresa não está inscrita no Simples Nacional, junto à Receita Federal, pelo problema relativo ao código de atividade registrado na Secretaria Municipal da Fazenda. Tal código de atividade impedia a empresa de se inscrever no Simples Nacional. Informa que o pedido de inscrição da empresa no Simples Nacional foi indeferido em 03/03/2010 (fl. 253), e o contribuinte entrou com recurso, mas o processo ainda não foi examinado (fls. 254/255). Também esclarece que durante os exercícios de 2007, 2008 e 2009 o contribuinte procedeu como empresa inscrita no Simples Nacional. Como na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia está inscrita como Microempresa com forma de apuração do imposto conta corrente fiscal (fl. 19), procedeu à fiscalização, de acordo com o regime de apuração e pagamento do imposto de sua inscrição estadual, e todo o levantamento fiscal e atuação foram baseados na forma de apuração do imposto conta corrente fiscal.

Sobre o erro apontado pelo defendente quanto à infração 05, informa que houve erro na digitação da base de cálculo e, conseqüentemente, no valor da multa. Na base de cálculo consta o valor de R\$ 8.867.416,00 e multa de 1% no valor de R\$ 88.674,16. Salienta que o valor correto é o constante do demonstrativo de fl. 38, sendo a base de calculo correta R\$ 1.213,00 com multa de 1% no valor de R\$ 12,13.

No que diz respeito às notas fiscais citadas pelo autuado à fl. 275, alegando serem produtos totalmente diferentes daqueles comercializados pelo impugnante, por serem de outro time, e que tais mercadorias foram sumariamente recusadas e por isso não entraram no estabelecimento não tendo, portanto, nota fiscal de devolução, a autuante diz que a alegação do contribuinte é procedente, por isso elaborou um novo demonstrativo retirando as notas fiscais 17289 e 346829 referentes ao exercício de 2008 e 71274 e 4579 do exercício de 2009, fls. 264 a 267. Também informa que foi excluída a Nota Fiscal 272421 (fl. 270), referente a material de embalagem que foi incluída como mercadoria.

Prosseguindo, a autuante informa as alterações efetuadas, elaborando demonstrativo de débito, com as seguintes informações: Infração 01 (fls. 01 e 02): Não sofreu alteração. Valor R\$ 136.053,91; Infração 02 (fl. 02): Não sofreu alteração. Valor R\$ 819,65; Infração 03 (fl. 03): Não sofreu alteração. Valor R\$ 21.601,58; Infração 04 (fl. 03). Sofreu alteração, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR
31/12/2008	09/01/2009	89.635,00	10%	8.963,50
31/12/2009	09/01/2010	205.478,22	10%	20.547,82
TOTAL	-	-	-	29.511,32

Também informa que a Infração 05 (fl. 03), sofreu alteração, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR
31/12/2008	09/01/2009	1.213,00	1%	12,13

31/12/2009	09/01/2010	578,60	1%	5,79
TOTAL	-	-	-	17,92

A autuante finaliza informando que o débito total apurado no presente Auto de Infração ficou reduzido do valor de R\$ 276.864,96 para R\$188.004,37.

O defendente foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 312 a 343 dos autos, apresentando os mesmos argumentos da impugnação inicial, relativamente à questão prejudicial. No mérito, também repete as alegações quanto ao posicionamento da Prefeitura de Salvador, em relação à inclusão da atividade de gestão de instalações esportivas, afirmando que a inclusão dessa atividade no objeto da empresa se tratou de ato preparatório ao exercício da atividade, nada mais que isso, e que não foi concluída sequer a fase dos atos preparatórios. Também comenta sobre a exclusão do Simples, alegando que constatou ausência de notificação da exclusão. Pede que sejam acolhidos os argumentos defensivos para suspender o processo administrativo fiscal em decorrência da questão prejudicial suscitada. Que seja calculado novamente o Auto de Infração com as bases de cálculo estipuladas pela Lei Complementar 123. Que sejam acolhidos os argumentos no que diz respeito à atividade de gestão de instalações esportivas para fins de vedação à opção pelo Simples Nacional.

Em nova Informação Fiscal à fl. 336 dos autos, a autuante disse que nada tem a acrescentar, e que, consultando o *site* da Receita Federal, no *sítio* do Simples Nacional, constatou que o autuado optou pelo Simples em 01/01/2011, e nos períodos anteriores não consta opção pelo Simples Nacional.

Às fls. 340 a 343 dos autos esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que a autuante juntasse: a) Relatório Diário Operações TEF referente ao período objeto da autuação; b) demonstrativo fiscal sintético relacionando os valores das operações mensais de vendas do contribuinte com os valores mensais de vendas com pagamento por meio de cartão de crédito/débito; c) demonstrativo fiscal analítico, indicando os valores de vendas diárias com emissão de documento fiscal, realizado com base nos documentos fiscais do contribuinte (notas fiscais e cupons fiscais).

Também foi solicitado que a repartição fiscal entregasse ao defendente cópias do Relatório Diário Operações TEF e dos demonstrativos que fossem acostados aos autos pela autuante, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento, a autuante informou às fls. 346/347 que juntou o Relatório Diário Operações TEF às fls. 348 a 719 do PAF. Que anexou às fls. 720 a 748 (VOLUME III) novos demonstrativos.

O defendente foi intimado, com reabertura do prazo de defesa, e se manifestou às fls. 752 a 755 dos autos (VOLUME III), informando que apresenta juntamente com a manifestação, demonstrativo por operação individualizada das emissões de documentos fiscais e demonstrativo por operação individualizada das saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. O defendente salienta que as notas fiscais das operações constantes nos demonstrativos estão à disposição da Autoridade Fazendária, nas vias originais dos talões de notas fiscais em que se encontram. Esclarece que não foram encaminhadas fotocópias das referidas notas fiscais pelo fato de terem ficado ilegíveis, tendo em vista que são impressas em papel jornal e o conteúdo passado por papel carbono, o que prejudica a legibilidade das cópias. Chama a atenção para a existência de erro material na totalização dos lançamentos do mês de novembro de 2009. Pede que os cálculos sejam refeitos.

Quanto às notas fiscais não lançadas, o defendente reitera a alegação de que as mercadorias acompanhadas pelas referidas notas fiscais foram devolvidas aos remetentes, ainda em poder do transportador, sem sequer terem entrado no estabelecimento do impugnante. Assegura que não houve a entrada física e nem a entrada contábil, na medida em que não ocorreu a tradição.

Entende que se torna necessário que a Autoridade Fazendária produza provas nos autos do descumprimento da obrigação acessória de escrituração das notas fiscais pelo contribuinte.

A autuante prestou nova informação fiscal à fl. 1173 do presente PAF (VOLUME IV). Diz que o autuado não possui ECF, por isso, a cada venda paga com cartão de débito/crédito deveria corresponder a uma nota fiscal de venda emitida no mesmo valor. Se o valor TEF é superior às vendas apuradas por meio de notas fiscais lançadas no livro Registro de Saídas, significa que houve recebimentos de vendas sem a emissão das Notas Fiscais. Afirma que, se o autuado tivesse emitido todas as notas fiscais o valor do TEF seria igual ao valor lançado no livro de saídas, se as vendas da empresa fossem apenas recebidas através de cartão de débito e crédito.

Quanto à alegação de que houve erro na totalização dos valores relativos ao mês de novembro de 2009, a autuante informa que a soma das notas fiscais de saídas apresenta um erro referente à Nota Fiscal série D-1 de número 3450. Diz que o total desta Nota Fiscal é R\$180,00 e não R\$3.630,00, como aparece no demonstrativo, mas assegura que a soma do mês de novembro está correta, porque o valor considerado quando da totalização foi R\$180,00, inexistindo repercussão no ICMS cobrado no mencionado mês.

Em relação às notas fiscais não lançadas, a autuante afirma que o defendente não emitiu nota de devolução e não apresentou nenhuma prova da alegação. Foi mantida a multa exigida, conforme demonstrativo às fls. 744/745.

À fl. 1175 o presente PAF foi redistribuído para o atual relator porque a relatora anterior foi designada e assumiu como Conselheira da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Considerando que nas notas fiscais não há campo específico para indicar a forma de pagamento, por isso, devem ser considerados os documentos apresentados pelo defendente, correspondentes às vendas efetuadas com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as datas e valores, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que a autuante adotasse as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado a apresentar documentos fiscais originais, e fizesse o confronto com os valores constantes no Relatório TEF, excluindo do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados por meio de Notas Fiscais emitidas correspondentes às vendas efetuadas com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as datas e valores.
2. Solicitasse ao defendente o demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis, e mercadorias sujeitas à substituição tributária. Sendo apresentado o mencionado demonstrativo, a autuante confrontasse com os documentos fiscais originais e fizesse a necessária exclusão do valor exigido, conforme determinado pela Instrução Normativa 56/2007.
3. Elaborasse novos demonstrativos analítico e sintético, apurado o débito remanescente.
4. Quanto às infrações 04 e 05, constasse na intimação ao defendente a solicitação para que fossem apresentadas as comprovações de todas as devoluções de mercadorias, alegadas nas razões de defesa. Se essas devoluções fossem comprovadas, excluísse do levantamento fiscal.

Após as providências acima, que a repartição fiscal intimasse o autuado, fornecendo-lhe no ato da intimação cópias do encaminhamento de diligência, da nova informação fiscal e dos demonstrativos que fossem elaborados pela autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

Em atendimento, a autuante prestou informação fiscal às fls. 1179/1180 (VOLUME IV), dizendo que foram elaborados novos demonstrativos, conforme fls. 1181 a 1253, apurando os seguintes resultados correspondentes à infração 01: Exercício de 2007, ICMS devido R\$5.548,08 (fl. 1183); Exercício de 2008, ICMS devido R\$37.472,87 (fl. 1215); Exercício de 2009, ICMS devido R\$97.969,07 (fl. 1234). Demonstrativo da Infração 01 à fl. 1181.

Quanto à infração 02, o débito permanece o mesmo do Auto de Infração, fl. 02, no valor de R\$819,65. Demonstrativos do exercício de 2008 às fls. 31 a 34 e do exercício de 2009 às fls. 114 a 117.

Infração 03: Também informa que o valor permanece o mesmo do Auto de Infração, fl. 02, no valor de R\$21.601,58. Demonstrativo do exercício de 2008 às fls. 35 a 37 e do exercício de 2009 às fls. 118 a 120.

Infrações 04 e 05: A autuante elaborou novos demonstrativos de débito, apurando a multa de R\$29.511,32 para a infração 04 e R\$17,91 para a infração 05.

Intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos, o defendente se manifestou às fls. 1259 a 1261, informando que, conforme narrado nas intervenções anteriores, comercializa com uniformes e brindes do Esporte Clube Bahia. Diz que anexou aos autos cópias de inúmeras notas fiscais de produtos totalmente diferentes dos comercializados. Também aduziu que é uma conduta costumeira no comércio em geral, de simplesmente recusar-se a receber as mercadorias em desconformidade. Frisa que em decorrência das recusas sumárias ao recebimento as mercadorias jamais entraram no estabelecimento autuado, como também não houve emissão de notas fiscais de devolução. Dessa forma, o defendente impugna a infração 04.

Em nova manifestação às fls. 1273 a 1275, diz que foi intimado a apresentar notas fiscais de mercadorias dos exercícios de 2007 a 2009; demonstrativo de proporcionalidade de entradas de mercadorias tributáveis e sujeitas à substituição tributária; e comprovação das mercadorias devolvidas.

O defendente informa que, conforme narrado na impugnação inicial, as mercadorias constantes nas notas fiscais do levantamento da autuante jamais entraram no estabelecimento autuado. Diz que foi informado na impugnação que comercializa uniformes e brindes do Esporte Clube Bahia e, por vezes, as embalagens são violadas e itens são furtados, entre outros motivos que dão causa à recusa dos recebimentos.

Para comprovar as assertivas, o autuado informa que anexou aos autos inúmeras notas fiscais de produtos totalmente diferentes daqueles comercializados em seu estabelecimento, que foram destinados ao recorrente por equívoco dos fabricantes/fornecedores (fls. 62 a 65).

Informa que também mencionou que as embalagens das mercadorias (caixas de papelão) são danificadas propositadamente para facilitar o furto de uniformes dessas caixas antes das entradas, e que as mercadorias nessas condições eram sumariamente recusadas, para que o defendente não fosse obrigado a arcar com custos de frete etc., sendo esta uma conduta costumeira no comércio em geral. Em decorrência das recusas sumárias ao recebimento das mercadorias não ocorreu a entrada e o conseqüente registro de entrada no estabelecimento autuado, como também não houve emissão de notas fiscais de devolução.

Entende que só conseguirá comprovar as devoluções das mercadorias mediante declarações dos fornecedores ou dos transportadores envolvidos em cada uma das operações referentes às notas fiscais constantes na relação anexa à intimação. Como os fornecedores são todos de outros Estados, assim como parte dos transportadores, o autuado informa que demandará um prazo mais dilatado para entrar em contato com cada um desses fornecedores e transportadores. Dessa forma, o defendente pede que lhe seja concedido o prazo de sessenta dias para apresentação dos documentos.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 1284, a autuante afirma que os documentos comprobatórios das alegações defensivas não foram apresentados, inclusive, quando do cumprimento da diligência solicitado pelo CONSEF. Diz que o defendente apresentou a mesma alegação, de que as mercadorias objeto das infrações 04 e 05 tiveram suas embalagens danificadas e foram recusadas sumariamente, mas não apresentou qualquer prova documental do ocorrido.

Outra informação fiscal foi prestada pela autuante às fls. 1287 a 1289, dizendo que os únicos itens contestados pelo autuado, em relação à diligência fiscal realizada, foram as infrações 04 e 05. Reproduz as alegações defensivas e diz que nada de novo foi acrescentado na última manifestação apresentada pelo defendente. Entende que foi demonstrado o imposto devido na diligência de fls. 1179 a 1253, conforme demonstrativo de débito que elaborou às fls. 1287 a 1289.

À fl. 1292 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem solicitando que a autuante intimasse o defendente para apresentar, no prazo de sessenta dias, as Notas Fiscais comprobatórias das entradas das mercadorias, emitidas pelo estabelecimento que recebeu em retorno as referidas mercadorias. Se apresentada a documentação solicitada, que a autuante excluísse do levantamento fiscal as notas fiscais cujo retorno ou devolução fosse comprovado.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 1299, dizendo que o defendente foi intimado em 09/12/2014 (fl. 1297), a apresentar a documentação comprobatória da alegação defensiva, mas não houve qualquer atendimento à intimação.

VOTO

O primeiro argumento do autuado se refere à questão prejudicial suscitada nas razões de defesa. O defendente apresentou o entendimento de que antes de enfrentar a questão de mérito, que é a questão principal posta à apreciação do julgador, outras questões devem ser decididas.

O defendente informa que em 01/12/2004 a Prefeitura Municipal de Salvador acusou pendências cadastrais e negou o registro da firma individual Jefferson Nagata Brito, alegando suposto vínculo entre esta e a sociedade empresarial Chapada Explorações Ltda., da qual o empresário Jefferson Nagata era sócio. Entende que ao agir dessa maneira a Administração Pública de Salvador criou obstáculos até então intransponíveis para que o Impugnante concretizasse sua opção pelo SIMPLES.

Observe que o CONSEF tem competência para a solução de litígios em face de defesa apresentada pelo contribuinte, impugnando o lançamento tributário de competência do Estado da Bahia. Neste caso, existindo pendências perante a Prefeitura Municipal de Salvador, não cabe ao CONSEF decidir acerca dessas pendências, haja vista que cada ente tributário mantém seus próprios controles cadastrais, até a implantação do Simples Nacional.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

Conforme estabelece o art.5º da Lei Complementar 123/2006, “Os órgãos e entidades envolvidos na abertura e fechamento de empresas, dos 3 (três) âmbitos de governo, no âmbito de suas atribuições, deverão manter à disposição dos usuários, de forma presencial e pela rede mundial de computadores, informações, orientações e instrumentos, de forma integrada e consolidada, que permitam pesquisas prévias às etapas de registro ou inscrição, alteração e baixa de empresários e pessoas jurídicas, de modo a prover ao usuário certeza quanto à documentação exigível e quanto à viabilidade do registro ou inscrição”.

Portanto, somente a partir do Simples Nacional instituído pela Lei Complementar nº 123/2006 é que se tornou obrigatório o registro cadastral do contribuinte de forma integrada e consolidada, inclusive quanto à documentação exigível.

Na informação fiscal, a autuante esclareceu que os problemas do autuado com a Secretaria Municipal da Fazenda de Salvador só foram sanados em janeiro de 2010. Que o autuado não estava inscrito no Simples Nacional, junto à Receita Federal, pelo problema relativo ao código de atividade registrado na Secretaria Municipal da Fazenda. Que o pedido de inscrição da empresa no Simples Nacional foi indeferido em 03/03/2010 (fl. 253), e o contribuinte entrou com

recurso. Que durante os exercícios de 2007, 2008 e 2009 o autuado procedeu como empresa inscrita no Simples Nacional, entretanto, na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia estava inscrita como Microempresa com forma de apuração do imposto conta corrente fiscal (fl. 19), procedeu à fiscalização, de acordo com o regime de apuração e pagamento do imposto de sua inscrição estadual, e todo o levantamento fiscal e atuação foram baseados na forma de apuração do imposto conta corrente fiscal. Que de acordo com o *site* da Receita Federal, no *sítio* do Simples Nacional, constatou que o autuado optou pelo Simples em 01/01/2011, e nos períodos anteriores não consta opção pelo Simples Nacional.

O defendente requereu a suspensão do presente PAF até o deslinde da questão prejudicial apresentada nas razões de defesa, retornando-se o curso normal do presente processo após o enquadramento da firma individual Jefferson Nagata Brito no Simples, quando entende que o débito apurado no presente Auto de Infração deverá ser recalculado segundo os ditames da Lei Complementar nº 123/2006.

Indefiro o pedido apresentado pelo defendente, haja vista que as pendências junto à Prefeitura Municipal de Salvador não apresentam qualquer relação com as infrações constantes no presente lançamento. Ademais, como já foi dito anteriormente, em relação ao Processo Administrativo Fiscal, cabe a este Órgão Julgador julgar o litígio decorrente do lançamento efetuado e em razão de impugnação apresentada, obedecendo aos princípios do contraditório, verdade material, informalismo e da garantia de ampla defesa, conforme previsto no Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto 7.592/99. Assim, conforme estabelece o mencionado Regimento Interno, passo a analisar a autuação fiscal, com base nos elementos constantes neste PAF.

A infração 01 trata de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de dezembro de 2007 a dezembro de 2009.

Observe que sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, e foi fornecido ao defendente o Relatório Diário Operações TEF, conforme recibo à fl. do PAF.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, a autuante, na informação fiscal às fls. 1179/1180, disse que foram elaborados novos demonstrativos, conforme fls. 1181 a 1253, apurando os seguintes resultados: Exercício de 2007, ICMS devido R\$5.548,08 (fl. 1183); Exercício de 2008, ICMS devido R\$37.472,87 (fl. 1215); Exercício de 2009, ICMS devido R\$97.969,07 (fl. 1234). Demonstrativo de débito desta infração à fl. 1181.

Após a informação fiscal e novos demonstrativos elaborados pela autuante, o defendente não apresentou qualquer elemento para desconstituir o levantamento fiscal. Dessa forma, acato os novos cálculos apresentados pela autuante após a revisão efetuada.

De acordo com os novos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 1181 a 1253) houve agravamento em virtude do aumento do valor do débito apurado em diversos meses, conforme se pode constatar pelo confronto do demonstrativo à fl. 1181 com o demonstrativo de débito original. Considerando que no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, deve ser mantida a parcela relativa ao valor lançado originariamente. Dessa forma, concluo que ficou parcialmente comprovada a infração apontada após a revisão efetuada pela autuante, sendo parcialmente subsistente a infração, no valor total de R\$130.634,37, conforme quadro abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR AUTUADO demonstrativo débito	REVISÃO DA AUTUANTE Fl. 1181	VALOR DO DÉBITO JULGAMENTO
--------------------	--------------------	------------------------------------	------------------------------	----------------------------

31/07/2007	09/08/2007	-	76,35	
31/08/2007	09/09/2007	-	587,29	
30/09/2007	09/10/2007	-	450,87	
31/10/2007	09/11/2007	-	1.067,53	
30/11/2007	09/12/2007	-	1.874,14	
31/12/2007	09/01/2008	5.291,82	1.491,90	1.491,90
31/01/2008	09/02/2008	870,69	1.036,73	870,69
28/02/2008	09/03/2008	868,78	870,65	868,78
31/03/2008	09/04/2008	842,95	857,86	842,95
30/04/2008	09/05/2008	3.189,72	3.293,02	3.189,72
31/05/2008	09/06/2008	1.860,34	1.949,79	1.860,34
30/06/2008	09/07/2008	4.426,24	4.521,12	4.426,24
31/07/2008	09/08/2008	4.521,36	4.829,94	4.521,36
31/08/2008	09/09/2008	6.229,40	6.361,11	6.229,40
30/09/2008	09/10/2008	3.005,13	3.235,48	3.005,13
31/10/2008	09/11/2008	2.258,51	2.531,71	2.258,51
30/11/2008	09/12/2008	2.137,34	2.308,31	2.137,34
31/12/2008	09/01/2009	5.096,16	5.677,15	5.096,16
31/01/2009	09/02/2009	5.099,51	5.522,25	5.099,51
28/02/2009	09/03/2009	12.902,49	12.656,80	12.656,80
31/03/2009	09/04/2009	11.390,22	12.079,20	11.390,22
30/04/2009	09/05/2009	7.549,82	7.876,90	7.549,82
31/05/2009	09/06/2009	7.491,13	7.781,83	7.491,13
30/06/2009	09/07/2009	5.727,61	6.563,66	5.727,61
31/07/2009	09/08/2009	12.585,41	11.542,83	11.542,83
31/08/2009	09/09/2009	10.013,58	10.478,53	10.013,58
30/09/2009	09/10/2009	5.454,23	5.933,80	5.454,23
31/10/2009	09/11/2009	4.585,56	4.689,04	4.585,56
30/11/2009	09/12/2009	3.566,34	3.234,99	3.234,99
31/12/2009	09/01/2010	9.089,57	9.609,24	9.089,57
TOTAL		136.053,91	140.990,02	130.634,37

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de julho e dezembro de 2008; janeiro de 2009.

Conforme demonstrativos às fls. 31 e 114, foi feito o conta corrente do ICMS, sendo apurado saldo devedor nos meses de julho e dezembro de 2008 e janeiro de 2009, e o defendente não apresentou qualquer documento para contrapor o levantamento fiscal nem comprovou o recolhimento do débito apurado. Acato os valores apurados pela autuante mediante levantamento fiscal e concluo pela procedência desta infração.

Infração 03: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

A exigência de ICMS a título de antecipação parcial foi instituída na legislação do Estado da Bahia a partir de 01/03/2004, por meio da Lei 8.967, de 29/12/2003, e consiste na aplicação da alíquota interna sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição,

deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal, Portanto, está obrigado a recolher o ICMS a título de Antecipação Parcial, o contribuinte deste Estado, independente do regime de apuração do imposto, em relação às mercadorias adquiridas para comercialização.

Entendo que é devido o imposto na forma apurada no levantamento fiscal, haja vista que o defendente não comprovou o recolhimento integral no prazo regulamentar. Infração subsistente.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, sendo exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$29.689,98.

Infração 05: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2008 e dezembro de 2009, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$88.699,84.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

O autuado alegou que nas hipóteses de recusa de recebimento de mercadorias, o adquirente sequer tem acesso às mercadorias recusadas e suas respectivas notas fiscais, motivo pelo qual não as registrou. Frisa que entre as notas fiscais apontadas como “não registradas” estão também notas fiscais de insumos necessários à sua atividade, como embalagens. Reitera a alegação de que as mercadorias acompanhadas pelas notas fiscais não registradas foram devolvidas aos remetentes, ainda em poder do transportador, sem sequer terem entrado no estabelecimento do impugnante. Disse que não houve a entrada física e nem a entrada contábil.

Afirmou que só conseguirá comprovar as devoluções das mercadorias mediante declarações dos fornecedores ou dos transportadores envolvidos em cada uma das operações. Como os fornecedores são todos de outros Estados, assim como parte dos transportadores, o autuado requereu um prazo mais dilatado para entrar em contato com cada um desses fornecedores e transportadores. Esse prazo de sessenta dias foi concedido, conforme diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, mas o defendente não apresentou os documentos solicitados.

No caso de devolução, o estabelecimento que devolver mercadorias deve emitir nota fiscal mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário; o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o ICMS. Em relação ao retorno de mercadorias, o estabelecimento que receber mercadoria em retorno que, por qualquer motivo não tenha sido entregue ao destinatário, deverá emitir Nota Fiscal por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário. Ou seja, quando há devolução ou retorno de mercadorias, tais fatos devem ser comprovados por meio do respectivo documento fiscal e escrituração fiscal.

Sobre o erro apontado pelo defendente quanto à infração 05, a autuante informou às fls. 272/274, que houve erro na digitação da base de cálculo e, consequentemente, no valor da multa. Na base de cálculo consta o valor de R\$ 8.867.416,00 e multa de 1% no valor de R\$ 88.674,16. Disse que o valor correto é o constante do demonstrativo de fl. 38, sendo a base de cálculo correta R\$ 1.213,00 com multa de 1% no valor de R\$ 12,13.

No que diz respeito às notas fiscais citadas pelo autuado, alegando serem produtos totalmente diferentes daqueles comercializados pelo impugnante, por serem de outro time, e que tais mercadorias foram sumariamente recusadas e por isso não entraram no estabelecimento não tendo, portanto, nota fiscal de devolução, a autuante disse que a alegação do contribuinte é procedente, por isso elaborou um novo demonstrativo retirando as notas fiscais 17289 e 346829 referentes ao exercício de 2008 e 71274 e 4579 do exercício de 2009, fls. 264 a 267. Também

informou que foi excluída a Nota Fiscal 272421 (fl. 270), referente a material de embalagem que foi incluída como mercadoria.

Em decorrência das alterações efetuadas, a autuante elaborou novo demonstrativo de débito fl. 273, com as seguintes informações: o valor da infração 04 sofreu alteração para R\$29.511,32, e a infração 05 sofreu alteração para R\$17,92.

Vale salientar, que após a informação fiscal o defendente foi intimado e apresentou a mesma alegação de que em relação às notas fiscais não lançadas, as mercadorias acompanhadas pelas referidas notas fiscais foram devolvidas aos remetentes, ainda em poder do transportador, sem sequer terem entrado no estabelecimento do impugnante. Entretanto, apesar de intimado com a concessão de prazo razoável, o defendente não apresentou qualquer comprovação.

Acato as informações apresentadas pela autuante e concluo pela subsistência parcial dessas infrações, de acordo com os valores apurados no demonstrativo de débito à fl. 273.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	130.634,37	-
02	PROCEDENTE	819,65	-
03	PROCEDENTE	21.601,58	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	-	29.511,32
05	PROCEDENTE EM PARTE	-	17,91
TOTAL	-	153.055,60	29.529,23

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110120.0001/10-8, lavrado contra **JEFFERSON NAGATA BRITO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$153.055,60**, acrescido das multas de 50% sobre R\$819,65; 60% sobre R\$21.601,58 e 70% sobre R\$130.634,37, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$29.529,23**, prevista no art. 42, incisos IX, e, XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA