

A. I. Nº - 130609.0168/14-7
AUTUADO - M ALMEIDA LIBERATO DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES - EIRELI
AUTUANTE - ANTÔNIO CORREIA DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 31/08/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-03/15

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTOS RECOLHIDOS A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado, sendo efetuado o refazimento da conta fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, refere-se à exigência de R\$183.645,05 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento do imposto efetuado a menos, devido a erro na apuração dos valores do tributo, nos meses de março e dezembro de 2009; janeiro, abril, junho, setembro de 2010; janeiro, fevereiro, junho, setembro, outubro e dezembro de 2011; janeiro, abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2012.

Consta, na descrição dos fatos, que o autuado recolheu ICMS a menos como se fosse do Simples Nacional. Declarou no PAF 800000.0558/12-9, nos meses indicados em planilha do levantamento fiscal da conta corrente do ICMS, sendo apurado recolhimento do imposto efetuado a menos.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 22 a 29, alegando que a presente autuação não pode prosperar. Primeiro, porque o autuante refez a conta corrente do ICMS, porém sem demonstrar como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação. Alega que, por impossibilidade de conhecer o critério, fica prejudicada a defesa, fato este que implica, na forma do RPAF/BA, nulidade da autuação.

Segundo, porque o impugnante era optante pelo Simples Nacional, durante o período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração. Alega que, se ultrapassada esta argumentação, percebe-se que o autuante, ao elaborar a planilha, deixou de considerar adequadamente os créditos decorrentes de antecipação, bem como dos recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do Simples Nacional no período fiscalizado.

Também alega que nas competências em que o autuante encontrou pagamento de valores a mais, ou seja, em que deveria indicar crédito em favor do contribuinte/impugnante para o período seguinte, preferiu deixar de fazê-lo majorando o montante da autuação. Afirma que, de 2009 a 2012 (48 meses/competências) somente em 18 meses o autuante encontrou valores “a cobrar” do Impugnante, conforme consta na autuação. Os outros 30 meses/competências em que a apuração se deu a maior foram solenemente ignorados.

Salienta que, tanto na leitura do Auto de Infração (descrição) quanto 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.

O defendente apresenta as seguintes indagações: i) de onde foram retirados os valores que constam nas planilhas? ii) quais foram as notas fiscais utilizadas? iii) quais foram as naturezas das operações? Entende que nenhuma dessas respostas pode ser obtida pela leitura da autuação, o que impede o impugnante de exercer propriamente o seu direito de defesa. Diz que a autuação se

resume em apontar números de base de cálculo e alíquota sem sequer indicar como apurou aqueles montantes. Também não aponta – e nem o Impugnante conhece – a origem dos créditos que utilizou para efetuar o abatimento (coluna “declarado”).

Afirma que ficou impedido de combater a apuração feita pelo Fisco, daí porque deve a autuação ser julgada nula, porque o ato administrativo de lançamento obstaculizou claramente o seu exercício do direito à ampla defesa, na forma do art. 18 do RPAF/BA.

Em relação ao mérito, o defendente informa que, mesmo sem saber como a Fiscalização apurou o ICMS exigido pelo Auto de Infração em comento, tem como, ainda assim, provar ser, no mérito, apenas parcialmente procedente a autuação. Diz que o exercício deste contraditório, de forma alguma sana o vício de nulidade apontado no tópico anterior. O impugnante reafirma não saber qual método que lançou mão o Fisco, mas, de qualquer sorte, em homenagem ao princípio da eventualidade, apresenta os argumentos meritórios capazes de tornar improcedente a autuação.

O defendente assegura que é optante do Simples Nacional durante o período autuado, e que jamais foi notificado de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento. Afirma que, sem ter sido notificado regularmente da sua exclusão do Simples Nacional, é totalmente improcedente o Auto de Infração, que se dispõe a exigir do Impugnante o recolhimento de tributação pelo regime Normal.

Salienta que, não suficientes todos os vícios apontados anteriormente, percebe-se que o Fisco, ao promover a autuação deixou de abater do montante lançado créditos de ICMS a que o impugnante faz jus. Informa que através da planilha que acostou aos autos (Doc. 02), 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.

Frisa que, ao repetir os valores apontados pela Fiscalização na planilha que acostou aos autos, não está a concordar com todos eles. O fato de fazer constar tais números na planilha serve apenas para – em homenagem ao princípio da eventualidade – provar que – ainda que ultrapassada a nulidade escandida, é o Auto de Infração parcialmente procedente.

O impugnante reafirma que é pessoa jurídica optante do Simples Nacional, recolhendo o ICMS através deste regime, jamais podendo ser fiscalizado como se fosse tributado pelo regime normal de apuração. Entretanto, por amor ao debate, ainda que se pudesse tributá-la como se normal fosse, entende que seria ilógico – resultando em enriquecimento ilícito do Estado da Bahia – deixar de considerar e abater do quanto apurado o ICMS recolhido no referido regime simplificado.

Observa que na sua planilha – Doc. 02 – incluiu uma coluna na qual os valores recolhidos sob o regime do Simples Nacional foram devidamente abatidos. Os montantes recolhidos pelo regime do Simples Nacional estão apontados no extrato de pagamento juntado pelo próprio autuante e conferem com os constantes da planilha juntada na defesa (Doc. 03). Diz que os aproveitamentos corretos dos valores do Simples Nacional estão descritos na planilha anexada. Estão também indicados os recolhimentos feitos ao Erário através do ICMS Antecipado, notadamente os dos meses de janeiro e abril de 2010, bem como de junho e setembro de 2011. Ressalta que a planilha que acostou aos autos indica os valores dos meses ignorados pelo Fisco.

Sendo pessoa jurídica optante do Simples Nacional, recolhendo o ICMS através deste regime, jamais poderia ser fiscalizado como se fosse tributado pelo regime normal de apuração. Entretanto, por amor ao debate, registra erro por parte da Fiscalização, na medida em que apenas apurou o ICMS nas competências em que houve saldo de imposto a pagar, ignorou 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 que anexou (Doc. 02). Cita como exemplo a própria planilha acostada pela Fiscalização referente ao ano de 2009. Diz que se vê, de forma clara, que apenas se cobrou imposto nos meses de março,

abril e dezembro daquele ano. A planilha ora acostada pela impugnante mostra que em todos os outros meses a diferença a recolher foi negativa, ou seja, existiu crédito de ICMS em favor do impugnante.

Ressalta que, ao invés de apurar os créditos e débitos de todos os meses, de forma a exigir o ICMS devido após as devidas compensações na conta corrente, a Fiscalização somente cobrou o mês em que houve tributo “a pagar”, ignorando solenemente as competências em que houve tributo “a restituir”. Informa que este equívoco aconteceu durante toda a autuação. Para se ter a verdadeira noção deste quadro, alega que nas 48 competências (de 2009 a 2012) o Fisco ignorou 30 competências em que houve crédito em favor da Impugnante. É ver, neste sentido, a planilha anexada (Doc. 02.). O 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 improcedência da autuação.

Por fim, o defendente requer a declaração da nulidade da autuação. Acaso seja ultrapassado tal pedido, e na forma da argumentação apresentada, pugna, sucessivamente, pelo reconhecimento e declaração da procedência parcial do Auto de Infração.

Requer, também, que seja promovida diligência fiscal a fim de comprovar o quanto afirmado nas razões de defesa. 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 contraprova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 38 a 40 dos autos, dizendo que foram demonstrados em planilhas anexas ao PAF (fls.15 a 18), de forma clara, que a base de cálculo corresponde a apuração através de ECFs e Notas Fiscais de Saídas do contribuinte.

Informa que o defendente era optante pelo Simples Nacional até a data da exclusão em 01/07/2007, conforme dados obtidos no sistema da SEFAZ-BA. Diz que foram considerados os créditos decorrentes das notas fiscais de entradas, antecipações tributárias e Simples Nacional constantes nas relações de pagamentos de DAEs do período fiscalizado, registrados no sistema SEFAZ/BA, levando em conta o saldo credor do contribuinte apurado mês a mês e cobrando apenas a diferença entre o ICMS devido na apuração da fiscalização, os valores recolhidos e os valores já declarados em processo pelo contribuinte, conforme planilhas anexas ao PAF (fls. 15/18), onde constam as colunas "ICMS recolhido"; "ICMS recolhido por antecipação" e "déb. declarado/processo", o que resultou nos valores descritos na coluna "constituir cred. fiscal/dif.declarado-apurado(AI)".

Também informa que anexou aos autos cópia em *CD ROOM* das planilhas já citadas na informação fiscal, para melhor visualização dos esclarecimentos expostos. Cita a menção feita pelo defendente em sua peça (fl. 23) e entende que houve confissão contrária à sua afirmação,

Finaliza reiterando a autuação em todos os seus valores e peças constantes do PAF, em que pese a negativa do autuado, e diz que deixa de manifestar-se sobre as alegações de impropriedades processuais por serem de todo, claramente, improcedentes e sobre compensação de eventuais saldos credores por não se constituir em autoridade competente para tal decisão.

Na sessão de julgamento (em 22/10/2014), o advogado do autuado alegou que não recebeu o demonstrativo referente às notas fiscais e valores do ECF que foram considerados pelo autuante no cálculo do imposto exigido no presente Auto de Infração.

À fl. 93 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências:

1. O autuante anexar o demonstrativo referente às notas fiscais e valores do ECF que foram considerados para o cálculo do imposto exigido, devendo anexar, também o CD-ROM das planilhas elaboradas.

2. A Inspetoria Fazendária intimar o autuado e lhe fornecer cópia de todos os elementos que fossem acostados aos autos pelo autuante, reabrindo o prazo de defesa, de trinta dias.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 96/97, dizendo que o defendente não se deu conta da existência das planilhas de fls. 15 a 18 do PAF e das cópias dos seus livros fiscais às fls. 41/89, onde está demonstrada a verdade material que lastreou a exigência fiscal. Informa que a exigência do tributo foi feita com lastro na escrituração fiscal do autuado, não foi contraditada, e não poderia, salvo excepcionalmente e por ter havido erro material na escrituração dos atos e fatos.

Afirma que tal hipótese não ocorreu e nem foi objeto da defesa. Diz que o conteúdo dos livros fiscais deve e não pode deixar de ser acatado como probante da materialidade dos fatos que demonstra. Também informa que não existe CD-ROM das planilhas elaboradas às fls. 15 a 18 do PAF e que o autuado recebeu tais planilhas, tanto que a elas se refere no último parágrafo de sua defesa às fls. 23/24 do PAF.

Reitera a procedência do presente Auto de Infração, afirmando que está materialmente fundamentado e do qual o autuado teve toda oportunidade de exercer a ampla defesa. Reitera o procedimento fiscal em sua totalidade.

À fl. 101 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que intimasse o defendente e lhe fornecesse, mediante recibo, cópia da informação fiscal de fls. 96/97, concedendo o prazo de dez dias para o autuado se manifestar, querendo.

O autuado foi intimado na forma solicitada, conforme fls. 107/108. Decorrido o prazo concedido não foi apresentada qualquer manifestação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O autuado alegou que o autuante refez a conta corrente do ICMS, porém sem demonstrar como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação. Entende que, por impossibilidade de conhecer o critério, fica prejudicada a defesa, fato este que implica, na forma do RPAF/BA, nulidade da autuação.

Observo que a Auditoria da conta-corrente do ICMS compreende a verificação de todos os débitos e de todos os créditos fiscais lançados pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal no período considerado, conferindo-se a regularidade do pagamento do ICMS, apurando-se o imposto a pagar.

No caso em exame, constam nos demonstrativos elaborados pelo autuante os dados relativos às saídas efetuadas por meio de ECF/NF, os valores escriturados, crédito destacado em notas fiscais de entradas, ICMS recolhido, inclusive antecipação e os débitos declarados por meio de processos. Foi exigido o imposto nos meses em que foi constatado recolhimento efetuado a menos (fls. 15 a 18 do PAF) e a correspondente base de cálculo encontra-se no demonstrativo de débito.

O PAF está revestido das formalidades legais, não foi constatada a irregularidade alegada pelo defendente, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada qualquer dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, decorrente de erro na apuração dos valores do tributo, nos meses de março e dezembro de 2009; janeiro, abril, junho, setembro de 2010; janeiro, fevereiro, junho, setembro, outubro e dezembro de 2011; janeiro, abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2012.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado recolheu ICMS a menos como se fosse do Simples Nacional; declarou valores no PAF 800000.0558/12-9, nos meses indicados em planilha do levantamento fiscal da conta corrente do ICMS, sendo apurado recolhimento a menos do imposto.

Foi efetuado o refazimento da conta corrente do ICMS nos meses objeto da autuação, apurando-se diferenças entre o imposto a recolher e os pagamentos realizados pelo autuado, sendo exigidas as mencionadas diferenças neste Auto de Infração.

O defendente alegou que era optante pelo Simples Nacional, durante o período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributado pelo regime normal de apuração. Também alegou que, se ultrapassada esta argumentação, percebe-se que o autuante, ao elaborar a planilha, deixou de considerar adequadamente os créditos decorrentes de antecipação, bem como dos recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do Simples Nacional no período fiscalizado.

Os dados cadastrais constantes nesta SEFAZ/BA indicam que o autuado encontra-se com sua inscrição estadual ativa, e a forma de apuração do imposto é conta corrente fiscal, constando que o defendente esteve enquadrado no regime de apuração do imposto pelo Simples Nacional, tendo como datas de início e fim da vigência 10/12/2008. Neste caso, observa-se que no período fiscalizado o estabelecimento autuado não estava enquadrado no mencionado regime, e não houve desenquadramento quando da realização do procedimento fiscal, como entendeu o defendente.

Conforme esclarecimentos prestados pelo autuante e levantamento fiscal, foram considerados os créditos decorrentes das notas fiscais de entradas, antecipações tributárias constantes nas relações de pagamentos de DAEs do período fiscalizado, registrados no sistema SEFAZ BA, levando em conta o saldo credor do contribuinte apurado mês a mês e cobrando apenas a diferença entre o ICMS devido na apuração da fiscalização, os valores recolhidos e os valores já declarados em processo pelo contribuinte, conforme planilhas anexas ao PAF (fls. 15 a 18).

Os dados constantes no levantamento fiscal confirmam as informações prestadas pelo autuante, e em relação aos recolhimentos efetuados a mais ou saldos credores apurados nos demonstrativos fiscais, nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Considerando que o defendente não apresentou qualquer elemento capaz de elidir o levantamento efetuado pelo autuante, inexistindo comprovação pelo defendente de que foi recolhido o imposto exigido no presente lançamento, concluo que é subsistente a exigência fiscal nesta autuação.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **130609.0168/14-7**, lavrado contra **M ALMEIDA LIBERATO DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$183.645,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR