

A. I. N° - 028924.0023/13-1  
AUTUADO - RONNIE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA  
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23/05/2016

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0083-03/16**

**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 entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Revisão efetuada pela autuante apurou redução do débito inicialmente apurado nas infrações 02 e 03. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DIVERGÊNCIA ENTRE DOCUMENTOS FISCAIS E OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Erro de digitação identificado e corrigido pelo diligente reduz o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão Unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 20/03/2014, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$228.400,54, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **05.08.01.** Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito, nos meses de junho e setembro de 2009. Exigido o valor de R\$341,36, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **07.15.05.** Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, março e abril, agosto a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011 e janeiro e fevereiro de 2012. Valor do débito: R\$64.755,82;

Infração 03 - **07.15.03.** Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março de 2011, março a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$36.898,04;

Infração 04 - **03.01.04.** Falta de recolhimento do ICMS em função da divergência entre os documentos fiscais próprios, nos meses de maio de 2009, outubro de 2010, janeiro a dezembro de 2011 e janeiro e fevereiro de 2012. Exigido o valor de R\$126.405,32, acrescido da multa de 60%.

O impugnante, por meio de advogado com procuração à fl. 365, apresenta suas razões de defesa, fls. 350 a 361, na forma que se segue.

Destaca que as infrações 02 e 03 não podem prosperar, uma vez que existem erros crassos na apuração do Fisco.

Em relação ao período de 2010, o autuante sistematicamente deixou de dar o desconto de 20% e o limite de 4% sobre as receitas, próprio das Empresas de Pequeno Porte, conforme estabelecido no art. 274 e 275 do RICMS-BA/12 (ou §§ 5º e 6º do art. 352A do RICMS-BA/97). Acrescenta que o Fisco ainda deixou de considerar antecipações efetivamente realizadas.

Quanto aos anos de 2011 e 2012, não há qualquer indicação nos autos das origens dos números de que lançou mão o Fisco para apurar o débito. Assevera desconhecer todas as notas fiscais apuradas, motivo pelo qual junta cópia do livro Registro de Entrada e planilha da própria SEFAZ a fim de comprovar suas alegações.

No que diz respeito à Infração 04, registra que o autuante refez a conta corrente do ICMS, porém sem demonstrar como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação.

Sustenta que por impossibilidade de conhecer o critério, fica prejudicada a sua defesa, fato este que implica, na forma do RPAF-BA/99, nulidade da autuação.

Ademais, ressalta que era optante pelo Simples Nacional, durante o período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributada pelo regime normal de apuração.

Diz ainda constatar que a Fiscalização, ao elaborar a sua planilha, deixou de considerar adequadamente os créditos a que fazia jus, por conta das entradas de mercadoria, notadamente os créditos de Nota Fiscal, ICMS por antecipação parcial e o próprio ICMS recolhido por meio do Simples.

Ressalta que mesmo se ultrapassados todos os argumentos ora lançados quanto à Infração 04, deve ainda ser dito que nas competências em que a Fiscalização encontrou pagamento de valores a mais de ICMS, 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.

Ao cuidar da infração 01, relata que através da Lei Complementar 105/2001 disciplinou-se a relação entre o Fisco e as instituições financeiras como modo de possibilitar ao ente estatal a apuração de ilícitos tributários e os conseqüentes danos ao Erário. Continua destacando que, tendo em vista a necessidade de também proteger o direito ao sigilo fiscal ínsito ao Direito pático, a referida norma estabeleceu, portanto, condições para que a troca de informações entre o Estado e as instituições financeiras não ultrapassasse o limite do razoável.

Depois de reproduzir o art. 6º, da Lei Complementar 105/2001 afirma que se percebe pela leitura do dispositivo em questão, é que as Autoridades Fazendárias, inclusive o autuante, somente poderiam examinar os registros de instituições financeiras se houvesse processo administrativo instaurado.

Registra que o relatório de informações TEF - anual foi emitido em 29/01/2014 e que procedimento administrativo, por sua vez, somente se iniciou em 26/03/2014, conforme se lê da folha de rosto da autuação.

Aduz que se o pedido de informações se deu antes da instauração do procedimento fiscal, houve clara e inequívoca afronta ao dispositivo de lei, especificamente o art. 6º da LC 105/2001, daí porque a autuação é nula de pleno direito.

Para ilustrar seu entendimento reproduz trecho da ementa precedente julgado pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo - TIT, que administrativamente reconheceu a existência de vício semelhante ao presente.

Afirma que a leitura dos anexos constantes do Auto de Infração aponta que o autuante aplicou

critérios distintos no momento de apurar as tais “omissões de saída”.

Revela que o que se vê, notadamente nas planilhas dos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012 (48 competências, portanto), é que em apenas duas delas, junho/2009 e setembro/2009, o valor da Redução “Z” foi inferior às vendas informadas pelos cartões. Observa que em todos os outros quarenta e seis meses o valor da Redução “Z” foi superior ao quanto informado pelos cartões de crédito.

Assinala que se o correto é o apontado pelas operadoras de cartão de crédito, deveria o autuante dar o crédito nestas operações em que ela declarou um valor a mais do que o efetivamente devido, inclusive compensando com essas duas parcelas que teriam deixado de ser declaradas corretamente, providência de desde já se requer.

Ao cuidar das infrações 02 e 03, assevera que, por ser uma Empresa de Pequeno Porte - EPP, faz jus a redução de 20% sobre a antecipação parcial (art. 274 e 275 do RICMS 2012 ou §§ 5º e 6º do art. 352A do RICMS-BA/97). Diz que tal benefício não foi levado a cabo pelo Fisco, conforme se verifica nas planilhas anexadas.

Da mesma forma, assinala que o Fisco apontou como ICMS não pago valores efetivamente recolhidos ao Erário. Neste sentido, informa que lista, em nota de rodapé, todos esses valores, pugnando-se pelo abatimento do quanto fora efetivamente pago.

Pugna pelo refazimento da planilha contemplando o benefício e apropriando-se os valores efetivamente recolhidos, o que de logo se requer.

Informa que, em relação aos exercícios de 2011 e 2012, o autuante listou uma série de Notas Fiscais. Prossegue afirmando que tais notas, lhe são completamente desconhecidas, a qual, para fazer prova dessa alegação, junta CD-ROM que acompanha esta impugnação, contendo os seus livros de entradas de 2011 e 2012 e as planilhas de Notas Fiscais emitidas pela própria SEFAZ-BA, em que tais notas simplesmente inexistem.

Assevera não haver prova da ocorrência dos fatos geradores, daí porque a autuação é neste particular inteiramente improcedente.

Destaca que, tanto na leitura do Auto de Infração (descrição), quanto na leitura do demonstrativo de cálculo de ICMS, percebe-se que o autuante 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.

Depois de indagar: onde foram retirados os valores que constam nas planilhas? Quais foram as notas fiscais utilizadas? Quais foram as naturezas das operações? Afirma que nenhuma dessas respostas pode ser obtida pela leitura da autuação, o que lhe impede de exercer propriamente o seu direito de defesa.

Observa que a autuação se resume em apontar números de base de cálculo e alíquota sem sequer indicar como apurou aqueles montantes. Continua frisando que, assim, ficou tolhido de combater a apuração feita pelo Fisco, daí porque deve a autuação ser julgada nula, uma vez que o ato administrativo de lançamento obstaculizou claramente o exercício do direito à ampla defesa, na forma do art. 18, do RPAF-BA/99.

Registra 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, a autuação é improcedente.

Frisa que o exercício deste contraditório, porém, de forma alguma sana o víncio de nulidade apontado no tópico anterior. Reafirma não saber qual método de que lançou mão o Fisco.

Esta parte da impugnação busca demonstrar que, ainda que se admitam como verdadeiros os valores das bases de cálculo apontadas pelo Fisco, ainda assim a autuação é inteiramente improcedente, eis que não se deu os créditos de notas fiscais, créditos de antecipações parciais, tampouco os créditos referentes ao ICMS pago através do Simples.

De qualquer sorte, em homenagem ao princípio da eventualidade, vem a Impugnante apresentar os argumentos meritórios capazes de tornar improcedente a autuação.

Sustenta ter sido optante do Simples Nacional durante o período autuado uma vez que jamais foi notificada de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento.

Afirma que, sem ter sido notificada regularmente da sua exclusão do Simples Nacional, é totalmente improcedente o Auto de Infração que se dispõe a lhe exigir o recolhimento de tributação pelo regime Normal.

Diz 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 faz jus.

Pondera que através da planilha em anexo fl. 362, informa que refez o cálculo elaborado pelo autuante, indicando e abatendo os créditos a que faz jus e que deveriam ser diminuídos do tributo exigido no Auto de Infração.

Repisa que, ao repetir os valores apontados pela Fiscalização na planilha que ora anexa, fl. 363, assinala que não está a concordar com todos eles.

Frisa que 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 improcedente.

Observa que todos os montantes inseridos na planilha a título de créditos foram todos obtidos junto aos próprios extratos que carreiam a autuação, notadamente as operações 2.183 (ICMS ANTECIPAÇÃO), 709 (ICMS SIMPLES NACIONAL) e 2.175 (ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL).

Assinala que após a correta apropriação destes montantes, o que se vê é que se torna credora, pugnando, desde já, pela restituição do indébito.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

Requer que seja promovida diligência fiscal a fim de comprovar o quanto afirmado na presente peça.

Conclui pugnando pela declaração da nulidade da autuação. Acaso seja ultrapassado tal pedido, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 374 a 376, articulando as seguintes ponderações.

Inicialmente observa que o autuado pretende impugnar o Auto de Infração sob pretensa e falsa alegação de que a sua conta corrente fiscal foi feita sem demonstração clara de como se obteve a base de cálculo do tributo que originou a autuação. Assinala que o deficiente persiste na sua tentativa equivocada de nulidade, alegando impossibilidade de defesa por desconhecimento dos critérios aplicados, e em seguida menciona que os períodos apurados já estavam decaídos, finalizando que o autuante deixou de considerar créditos de valores de ICMS a maior a favor do contribuinte.

Registra que apesar de todas as dificuldades impostas pelo autuado, considerando que o mesmo já vinha sendo intimado a mais de três meses a organizar e apresentar toda a documentação e livros fiscais, não há que se falar em nulidade, pois todos os procedimentos formais foram cumpridos, desde a intimação inicial da ação fiscal aos demais atos, critérios e roteiros de auditoria, praticados e utilizados pela fiscalização.

Afirma que o refazimento da conta corrente fiscal foi realizado com base nos documentos e livros fiscais do contribuinte e claramente demonstrado conforme planilhas anexas ao Auto de Infração e recebidas em prazo hábil de defesa pelo contribuinte.

Destaca que foram concedidos todos os créditos, que na condição de conta corrente fiscal o contribuinte tem direito, ou seja, oriundos de recolhimento da antecipação parcial no mês do efetivo recolhimento, os constantes das notas fiscais de entrada pelas aquisições das mercadorias comercializadas e ainda aqueles que o contribuinte realizou na condição de optante do Simples Nacional.

Em relação aos débitos informa que foram consideradas todas as reduções “Z” e Notas Fiscais de Venda emitidas pelo contribuinte em todos os meses dos períodos apurados.

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

Ao tratar do mérito assinala que o autuado foi desenquadradado do Simples Nacional com efeito retroativo por ter sido apurado que o mesmo faz parte de empresas do mesmo grupo financeiro e familiar e ainda com interposição fictícia de pessoas através de processo de desenquadramento fundamentado na legislação pertinente ao regime de tributação.

Após a publicação do Edital nº 10/2012, fl. 431, de desenquadramento o autuado tomou conhecimento do seu desenquadramento e teve o prazo legal de trinta dias para apresentar o arrazoado de fundamentos em sua defesa, o que efetivamente não o fez.

Ciente da nova condição de apuração do valor a recolher de ICMS sobre as suas operações mercantis, ou seja, conta corrente fiscal apresentou DMAs, Declarações mensais de apuração e também denuncia espontânea dos valores que confessava devidos como resultantes das apurações mensais do tributo.

Menciona que o refazimento do conta corrente fiscal, foi realizado com base nos documentos e livros fiscais do contribuinte e está claramente demonstrado conforme planilhas anexadas ao Auto de Infração e recebidas em prazo hábil de defesa pelo contribuinte.

Informa que foram concedidos todos os créditos, que na condição de conta corrente fiscal o contribuinte tem direito, ou seja, oriundos de recolhimento da antecipação parcial no mês do efetivo recolhimento, os constantes das notas fiscais de entrada pelas aquisições das mercadorias comercializadas e ainda aqueles que o contribuinte realizou na condição de Simples Nacional.

Quanto aos débitos declara que foram consideradas todas as reduções “Z” e Notas Fiscais de Venda emitidas pelo contribuinte em todos os meses dos períodos apurados.

“Alega em sua defesa às fls. 350 em nota de rodapé que o autuante “Também não aponta-e nem a impugnante conhece- a origem dos créditos que utilizou para efetuar o abatimento”(coluna declarado). Estranho desconhecer os valores que foram denunciados por ele mesmo em denuncia espontânea conforme PAF 6000000938125 DE 02/07/2012 ANEXO- DEMONSTRATIVO DE DEBITO.

Revela que para apuração dos resultados mensais do conta corrente do contribuinte, foram considerados todos os créditos de antecipação parcial recolhida, do Simples Nacional e também os destacados nas Notas Fiscais de Entradas e que estão demonstrados nos Anexos, I a XXI.

Arremata assinalando que, da forma expendida, não há qualquer consistência na impugnação apresentada pelo contribuinte, visto que o imposto foi calculado corretamente conforme as normas tributárias.

Conclui mantendo a autuação.

O autuado se manifesta às fls. 436 a 445, para rebater de forma direta e analítica as alegações do autuante, apresenta quadro sinótico indicando os fundamentos de sua impugnação e o quanto foi dito na informação fiscal, fl. 437.

Por ser de primordial importância, e considerando que o próprio autuante juntou novos documentos aos autos, convém novamente demonstrar o erro do Fisco em dois meses aleatórios, apontando os equívocos nos próprios documentos acostados pelo fiscal. Frisa que o padrão observado nestes dois meses repete-se em todas as demais competências fiscalizadas.

Observa que da análise dos meses de janeiro/2011 e de janeiro/2009 que segundo o autuante, à fl. 427 o ICMS apurado em janeiro de 2011 foi de R\$11.943,61, que abatidos do débito declarado, resultaria em saldo a pagar de R\$5.251,80. Explica que o ICMS apurado foi obtido de maneira equivocada, eis que em janeiro/2011 houve, em verdade, crédito de ICMS no valor de R\$ 5.713,05, como se verifica à fl. 385, trata-se de documento juntado pelo próprio autuante.

Esclarece que o crédito de R\$5.713,05, somado ao valor de débito declarado de R\$6.691,81, informado também pelo próprio autuante à fl. 427, implica afirmar que, em verdade, deveria transportar para fevereiro/2011 e meses seguintes um crédito de R\$12.404,86. Assinala que, ao invés de lhe dar este crédito, o autuante lhe cobrou.

Diz observar que no mês de janeiro/2009, segundo o próprio autuante, fl. 425, houve a apuração de débito de ICMS no valor de R\$6.886,43 e um débito declarado de R\$7.226,91. Ora, tal significa dizer que, abatendo-se do débito declarado o débito apurado (R\$7.226,91 - R\$6.886,43), a operação final geraria um crédito de R\$340,48 em seu favor, a ser transportado para a competência seguinte. Assinala que ao invés de fazer isso o Autuante simplesmente “zerou o crédito” em todas as operações idênticas à acima (fevereiro de 2009 a abril/2009; junho/2009 a setembro/2010; novembro/2010 e dezembro de 2010). Em todos esses meses, tal qual janeiro/2009, houve um crédito em seu favor ignorado pelo autuante. Arremata que isso já foi demonstrado, inclusive, na planilha acostada à impugnação.

Diz ser patente a improcedência da autuação. Acrescenta mencionando que ao final da apuração há, inclusive, crédito em seu favor, cujo pedido de restituição desde já se reitera.

De início, logo na fl. 374, o autuante afirma que teve diversas dificuldades na fiscalização, sendo que a Autuada teria sido “*intimada a mais de três meses a organizar e apresentar toda a documentação e livros fiscais*”. Diz refutar expressamente esta acusação. Revela não saber em que se fundamenta o autuante para proferir esta acusação. Na autuação, aliás, inexiste qualquer menção a qualquer “dificuldade”.

Afirma também o autuante que a entrega de todos os demonstrativos que compõem o Auto de Infração faria cair por terra a alegação de nulidade. Declara não assistir razão ao autuante, isto porque, a mera entrega destes documentos não equivale à explicação de como foi determinada a base de cálculo do tributo. Continua asseverando que a autuação deve vir acompanhada de informação técnica de como foi obtida a base de cálculo.

Aduz haver clara nulidade, frisando que simplesmente anexar documentos e mais documentos à autuação, de forma desordenada não a torna menos nula.

Afirma que o fato de ter assinado termo confirmando o recebimento desta tal documentação também não torna mais clara a autuação.

Declara também o autuante, na fl. 375, fazendo referência ao edital constante da fl. 431, que, em 03 de maio de 2012, data do canto superior esquerdo da fl. 431, fora intimada através de edital acerca da sua exclusão do Simples Nacional. Frisa que o próprio autuante trouxe aos autos a demonstração de uma grave ilegalidade.

Revela que à luz da legislação vigente à época, a exclusão do regime do Simples Nacional não poderia ser feita através de edital. Por isso, sustenta que a intimação editalícia não poderia produzir efeito. Arremata destacando que para todos os efeitos legais, continua optante pelo Simples Nacional.

Afirma que a LC 123/06 determina, de maneira clara, que o desenquadramento/exclusão do Simples deve ser efetuado através de notificação ao sujeito passivo, cabendo ao ente federativo

que promoveu a exclusão providenciar a ciência ao contribuinte. É que se entende da leitura do art. 29, §§ 3º, 5º e 6º da Lei Complementar 123/06.

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

Destaca que seguindo à leitura da Lei Complementar 123/06, percebe-se ser imperativo que o contribuinte deve ser notificado pessoalmente da sua exclusão do programa, conforme previsão expressa do art. 39, §4º.

Registra que a norma com efeitos a partir de janeiro de 2012, o CGSN - através da Resolução 94/11, previu, em seu art. 110 em especial o seu inciso I, a obrigatoriedade de notificação pessoal do contribuinte da sua exclusão do Simples.

Revela não haver dúvidas de que as notificações de exclusão do sistema do Simples devem se dar através de notificação ao sujeito passivo, cabendo ao ente federativo que promoveu a exclusão providenciar a ciência ao contribuinte (art. 29, §§ 3º, 5º e 6º da LC 123/06).

Observa que a exclusão de ofício deve seguir as normas do CGSN, conforme redação do citado §3º: “*A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes*”.

Frisa ser evidente ainda é que o CGSN - através da Resolução 94/11, vigente a partir de janeiro de 2012, trouxe, em seu art. 110, inciso I e §1º e incisos - a obrigatoriedade de notificação pessoal do contribuinte acerca de quaisquer atos administrativos, incluídos os relativos à exclusão do Simples.

Aduz que se desde janeiro/2012 a resolução do CGSN, que exige a notificação pessoal eletrônica da exclusão do Simples, já estava vigente e era de observância obrigatória, como emprestar efeitos ao ato do Estado da Bahia que, mais de quatro meses depois do advento da norma, em 03/05/2012, contrariando a tal Resolução CGSN 94/2011, promoveu sua exclusão através de “edital”, fl. 431.

Diz está claro que não houve a observância da lei quando da tentativa de sua exclusão do regime do Simples, motivo pelo qual, para todos os efeitos, deve ser considerado como ainda optante.

Conclui reiterando todos os fundamentos e pedidos promovidos quando da sua defesa e pugna pela improcedência da autuação

O autuante presta informação fiscal, fls. 445 a 448, inicialmente, em relação a alegada quebra de sigilo fiscal, frisa que o regulamento do ICMS conforme demonstra o §4º inciso VI, alínea “b” da Lei 7.014/97 permite ter Crédito. Não existe violação do sigilo fiscal porque havia um procedimento de auditoria em curso autorizado por uma ordem de serviço, onde através cruzamentos de dados apresentados verifica-se se existe ou não alguma diferença nas informações e apura-se o débito.

Informa não existir violação do sigilo fiscal porque havia um procedimento de auditoria em curso autorizado por uma ordem de serviço, onde através cruzamentos de dados apresentados verifica-se se existe ou não alguma diferença nas informações e apura-se o débito.

Quanto a apuração de débitos nas vendas com cartão de crédito, destaca que foram consideradas todas as reduções “Z” apresentadas pelo contribuinte e Notas fiscais D1 emitidas em todos os meses dos períodos apurados.

Sustenta que foram concedidos todos os créditos e descontos que na conta corrente fiscal o contribuinte tem direito oriundos da antecipação parcial no mês do efetivo recolhimento ou constante nas notas fiscais de entrada nas mercadorias comercializadas.

Revela que as multas cobradas na apuração fiscal e constantes no auto de infração são dos valores devidos. Frisa que não constatou multas nos valores recolhidos pelo contribuinte.

Declara que todas as notas fiscais solicitadas e apresentadas pelo contribuinte através intimação fiscal foram incluídas na ação fiscal do regime de conta corrente e também foram feitos os cruzamentos das notas fiscais constantes no livro Registro de Apuração do ICMS com as notas fiscais de origem dos exercícios de 2011 e 2012, portanto não procede a impugnação.

Desta que à fl. 65 dos auto demonstra na planilha da apuração da Conta Corrente a base de cálculo dos valores evidenciados.

Reafirma que o autuado foi desenquadrado do Simples Nacional através Edital nº 10 de 2012, foi cumprido o que determina o Dec. 13.780/12 do RICMS/BA que cita: “Na hipótese de exclusão de ofício será expedido termo de exclusão e sua comunicação por meio de edital publicado no DOE onde ficara bem claro o nome do contribuinte e o motivo da exclusão”. Foi dado o prazo de 30 dias para o contribuinte recorrer e ele não se pronunciou.

Relata que na apuração da conta corrente fiscal demonstrou nas planilhas o lançamento dos créditos oriundos das notas fiscais de entrada, da antecipação parcial (DAEs) com o respectivo recolhimento, e da diferença de alíquotas, conforme demonstramos nos anexos de 1 a 21, fls. 377 a 429.

Reconhece que em janeiro de 2011 o valor inicialmente apurado foi de R\$11.943,61, deixou de ser abatido o crédito de R\$5.713,05, gerando um crédito de R\$6.230,56 e abatendo o débito declarado de R\$6.691,81 restou a favor do contribuinte de R\$461,25. Arremata frisando que, em consequência o débito apurado na infração 04 que era de R\$126.405,32 passou a ser R\$121.153,52 (documento anexo) interferindo na redução do débito total do auto.

Reafirma que o autuado foi desenquadrado do Simples Nacional com efeito retroativo e por ter sido apurado que a mesma faz parte do mesmo grupo financeiro e familiar e com interposição fictícia de pessoas através processo de desenquadramento fundamentado na legislação pertinente ao regime de tributação. Declara que foi publicado no Edital nº 10 /2012 (anexo).

Assevera não haver qualquer consistência na impugnação apresentada pela defesa do contribuinte com exceção do item 3 conforme ficou demonstrado e corrigido.

Conclui pugnando pela procedência parcial da autuação.

Em nova manifestação, fl. 459, destacando que a nova informação fiscal não inova nos fatos, demonstrando, apenas e tão somente, a incapacidade do autuante fazer frente aos argumentos lançados tanto na impugnação quanto na manifestação à primeira informação fiscal.

Observa que os argumentos são estéreis, a exemplo da afirmação de que fora excluída do Simples através de edital, quando é de saber universal que tanto a Lei Complementar 123/2006 quanto as normas do CGSN - Comitê Gestor do Simples Nacional, quanto o RPAF-BA/99 prevêem, a partir de janeiro de 2012, a obrigatoriedade de que tal intimação seja feita de maneira Pessoal.

Aduz que o mesmo pode ser dito quanto à nulidade da autuação com base na ausência de elementos capazes de demonstrar a apuração da base de cálculo. Destaca que este próprio CONSEF, através do Acórdão JJF de nº 0219-04/14, anulou acórdão em situação idêntica à presente.

Conclui pugnando para que todos seus argumentos lançados tenham integral provimento.

Em nova informação fiscal, fl. 446, o autuante inicialmente observa que a defesa, com o intuito de procrastinar, argui que o desenquadramento da empresa do Simples Nacional, foi feito de

maneira equivocada e cita na sua manifestação “obrigatoriedade de que a intimação seja feita de maneira pessoal”.

Esclarece que o procedimento foi feito dentro da base legal cumprindo o que determina o Dec. 13.780/12 do RCIMS/BA, foi publicado o edital dando a ela o prazo de 30 dias para exercer o direito de se pronunciar, o que não foi feito.

Assevera que o autuado foi desenquadrado do Simples Nacional com efeito retroativo por ter sido apurado sua participação de um grupo financeiro de várias empresas tendo no seu bojo uma administração de cunho familiar.

Sustenta que a base de cálculo nas operações das infrações estão bem demonstradas à fl. 65, as quais foram apurados através cruzamentos das informações fiscais dos livros Registro de entrada e Registro saída e o livro Registro de Apuração do ICMS, bem como as Notas Fiscais apresentadas pela empresa e as constantes nos livros fiscais.

Afirma inexistir consistência nas contestações apresentadas pela defesa. Pugna pela manutenção da autuação.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF converteu os autos em diligência, fl. 477, para que o autuante acostasse aos autos cópias do Relatório TEF e a relação das notas fiscais eletrônicas com o código de acesso relativas às infrações 02 e 03 e em seguida e que fosse intimado autuado para entrega desses elementos acostados aos autos e que fosse reaberto o prazo de defesa.

Ao apresentar o resultado da diligência solicitada, fls. 480 a 482, auditor designado para o atendimento informa que por não ter encontrado no sistema de NFe as notas fiscais lançadas na planilha de 2011 e 2012 pelo autuante promoveu a exclusão dos valores correspondentes e refez os demonstrativos das infrações 02 e 03, resultando na redução, respectivamente, na exigência para R\$4.773,58 e R\$119,20. Em relação à infração 04, revela que detectou um equívoco na digitação do valor de R\$5.476,71, na planilha elaborada pelo autuante, na qual foi digitado o valor de R\$54.776,771. Com essa correção, o débito da infração 04 foi reduzido para R\$77.105,32. De acordo com os novos demonstrativos contemplando esses ajustes foi colacionado às fls. 481 a 483, o valor do débito total do Auto de Infração passa para R\$82.339,46.

À fl. 692 o deficiente foi intimado da informação fiscal, constando na intimação que foi encaminhada cópia da mencionada informação fiscal. Decorrido o prazo concedido o autuado não se manifestou.

## VOTO

O item 01 do Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de junho e setembro de 2009.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no inciso VII, do § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Logo, resta evidente tratar-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório Diário por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

O deficiente alegou em suas razões de defesa que essa infração foi apurada de forma ilegal, tendo em vista que ocorreu quebra injustificada de seu sigilo fiscal, pelo fato de ter sido fornecido suas operações com as administradoras de cartão e de débito.

Não deve prosperar a pretensão do autuado, haja vista que as informações obtidas junto às administradoras e financeiras estão previstas legalmente consoante expressa determinação do art. 35 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

*“Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”*

Assim, como se depreende do aludido dispositivo, não há que se falar em quebra ilegal de sigilo fiscal.

A exigência de imposto poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Assim, como expendido, é inequívoca a caracterização nos autos da irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Concluo pela subsistência da infração 01.

Os itens 02 e 03 do presente Auto de Infração se referem à multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, julho, agosto e outubro de 2012, conforme demonstrativos às fls. 67 a 71, 132 a 145 e 200 a 211.

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, à 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 penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial encontra-se no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial.

Em pauta suplementar, esta 3<sup>a</sup> JJF converteu os autos em diligência para que o autuante acostasse aos autos relação das notas fiscais eletrônicas dos exercícios de 2010, 2011 e 2012 com os respectivos códigos de acesso e entregassem cópias ao impugnante.

No cumprimento da diligência o diligente designado informou que não localizou no sistema de NF-e as notas fiscais do exercício de 2011 e procedeu a exclusão das operações relativas a esse exercício reduzindo o valor do débito da infração 02 para R\$4.773,58, e da infração 03 para R\$119,20, conforme demonstrativos que acostou aos autos fls. 481 a 483. Intimado o autuado do resultado da diligência e não se manifestou.

No tocante à alegação do defendant de que não foi concedido o desconto de 20% nas aquisições por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, previsto no RICMS, observo que o autuante procedera corretamente, haja vista que a concessão só aplicada na hipótese em que o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar, o que não ocorreu no presente caso.

Depois de examinar os elementos que constituem o contraditório que emergiu dessas duas infrações, constato que o resultado da diligência realizada pelo diligente designado supriu as lacunas apontadas ao proceder à exclusão das operações, cujas notas fiscais relativas ao exercício de 2011 não foram localizadas para lastrear a acusação fiscal. Nestes termos, acolho o resultado da diligência que resultou na redução dos valores originalmente lançados, infração 02 - R\$4.773,58

e infração 03 - R\$ 119,20, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante acostado às fls. 481 e 482.

Concluo pela subsistência parcial das infrações 02 e 03.

A infração 04 cuida da falta de recolhimento do ICMS em função da divergência entre os documentos fiscais próprios, nos meses de maio e outubro de 2009, outubro de 2010, janeiro a dezembro de 2011 e janeiro e fevereiro de 2012, conforme demonstrativos às fls. 12, 66, 130 e 199.

O defensor alegou que não foi demonstrada apuração da base de cálculo e que não ocorreu a apropriação dos créditos fiscais a que faz jus, bem com discordou da apuração pelo sistema normal, uma vez que não fora excluído Simples Nacional, por entender que deveria ser intimado pessoalmente e não por edital como ocorrer, fl. 431.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, constato que não assiste razão ao impugnante, haja vista que os créditos fiscais devidos no período de apuração foram apropriados e encontram-se devidamente explicitados nos demonstrativos de apuração, fl. 12, 66, 131 e 199, os quais demonstram claramente o comparativo entre os valores apurados e declarados pelo próprio autuado em cada período apuração que resultaram na exigência fiscal atinente a esse item da autuação.

No que diz respeito à insurgência do impugnante quanto à exclusão do defensor do Simples Nacional, verifico que a exclusão retroativa do Simples Nacional está respaldada no Edital 10/12, publicado no DOE de 03/05/2012, fl. 431, consoante previsão expressa art. 393-F do RICMS-BA/97.

Acato o resultado da diligência, fls. 482 e 483, no qual o diligente designado corrigiu o equívoco no mês de julho de 2011, fl. 130, haja vista que o autuante ao transferir o valor apurado de R\$5.476,71, se equivocou e lançou o valor de R\$54.776,71 para o Auto de Infração, fl. 03.

Assim, conforme o novo demonstrativo acostado às fls. 482 e 483, pelo diligente designado, o valor do débito da infração 04 passa para R\$77.105,32.

Mantida parcialmente a exigência fiscal da infração 04.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 028924.0023/13-1, lavrado contra **RONNIE COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$77.446,68**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 77.105,32 e 70% sobre R\$ 341,36, previstas no art. 42, incisos III e II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor total de **R\$4.892,78**, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da mesma Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA