

A. I. N° - 117227.0002/14-5
AUTUADO - P. A. L. DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21/09/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0178-03/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. O defendant não apresentou qualquer documento para contrapor o levantamento fiscal nem comprovou o recolhimento do débito apurado. Mantida a exigência fiscal. 2. 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. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO JUNTO A MICROEMPRESA. Não ficou comprovado nos autos que os documentos fiscais objeto da utilização dos créditos fiscais glosados, apresentavam os requisitos e as informações estabelecidas na legislação para ensejar o aproveitamento do referido crédito fiscal. Infração subsistente. 4. 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. Em razão de não ter sido computado o desconto previsto no RICMS-BA para aquisições efetuadas por microempresas ou empresas de pequeno porte, não foram comprovadas as diferenças que serviram de base para a cobrança da multa. Infração insubstiente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, refere-se à exigência de R\$60.481,34 de ICMS, acrescido da multa de 50%, 60% e 100%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 02.01.01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta, ainda, que se trata de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos efetuados nos livros fiscais próprios, no período de janeiro de 2009 a julho de 2010. Valor do débito: R\$51.316,32. Multa de 50% e 60%.

Infração 02 – 05.08.01: Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no mês de novembro de 2010. Valor do débito: R\$2.275,99. Multa de 100%.

Infração 03 – 01.02.69: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte, nos meses de fevereiro a julho, outubro a dezembro de 2009; janeiro, março, julho e novembro de 2010. Valor do débito: R\$2.969,36. Multa de 60%.

Infração 04 – 07.15.05: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, tendo sido aplicada multa percentual sobre o valor não recolhido. Valor do débito: R\$3.919,67.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 143 a 153, alegando que a autuação em testilha 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. Afirma que, por impossibilidade de conhecer o critério, fica prejudicada a defesa, fato este que implica, na forma do RPAF, 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. Salienta que, se ultrapassada esta argumentação, percebe-se ainda que o autuante, ao elaborar a sua planilha, além de considerar períodos já tragados pela decadência, deixou de considerar adequadamente os créditos decorrentes de antecipação parcial (conforme se demonstrará em capítulo próprio), bem como dos recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do Simples Nacional no período.

Ressalta que o presente auto de infração foi dado ciência ao impugnante em 07/04/2014. Logo, todos os fatos geradores ocorridos antes de 06/04/2009 encontram-se tragados pela decadência, devendo portanto os lançamentos decorrentes ser extirpados do auto em tela.

Suscita a nulidade da autuação, alegando 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. Indaga de onde foram retirados os valores que constam nas planilhas; quais foram as notas fiscais utilizadas; e quais foram as naturezas das operações.

Afirma que nenhuma dessas respostas podem ser obtidas pela leitura da autuação, o que impede o impugnante de exercer propriamente o seu direito de defesa. Assim, tolhe-se meios 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.

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, improcedente a autuação. Diz que o exercício deste contraditório, de forma alguma sana o vício de nulidade apontado no tópico anterior. Ou seja, o impugnante reafirma não saber qual método que lançou mão o Fisco.

Informa que em homenagem ao princípio da eventualidade, apresenta os argumentos meritórios capazes de tornar improcedente a autuação. Informa ter sido optante do Simples Nacional durante o período autuado, vez que jamais foi notificado de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento. Diz que, sem ter sido notificado regularmente da sua exclusão do Simples Nacional, é totalmente improcedente o Auto de Infração que se dispõe a exigir o recolhimento de tributação pelo regime Normal.

Não suficientes todos os vícios apontados anteriormente, alega que o Fisco, ao promover a autuação, deixou de abater do montante lançado créditos de ICMS a que o impugnante faz jus. Através da planilha em anexo (doc 02) o defensor 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.

Frisa que ao repetir os valores apontados pela Fiscalização na planilha ora anexada, o impugnante 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 totalmente improcedente.

Reproduz a alegação de que é pessoa jurídica optante do Simples Nacional, recolhendo o ICMS através deste regime, e 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, 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.

Ressalta que na sua planilha – doc 02 – incluiu uma coluna na qual, os valores recolhidos sob o regime do Simples foram devidamente abatidos. Os montantes recolhidos pelo regime do SIMPLES estão apontados no extrato de pagamento em anexo (arquivos em CD-ROM, Erro! Fonte de referência não encontrada.) e conferem com os constantes da planilha juntada nesta peça.

Diz que o não abatimento destes valores, majorou indevidamente o quantum lançado, sendo por mais um motivo 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.

Alega que o autuante ao apropriar os créditos de ICMS relativos às compras fora do Estado da Bahia (na planilha é a coluna “ICMS CREDITADO”), deixou de apropriar ao contribuinte a inteireza dos créditos a que faz jus. Como forma de resolver mais este vício, o impugnante, em sua planilha (doc 02) efetua a apropriação dos seus crédito, inclusive com o crédito presumido de 10% e razão das compras interestaduais feitas à empresas do SIMPLES.

Diz que a comparação entre os valores apontados pela Fiscalização e os valores constantes no extrato de recolhimento (doc 03), documento cedido pelo próprio Estado da Bahia), levam à inexorável conclusão de que houve apuração a menos dos créditos a que o impugnante faz jus. Pede que sejam considerados como corretos os valores dos créditos de antecipações contidas na planilha ora anexada (doc 02).

O impugnante junta aos autos planilha idêntica àquela elaborada e anexada pela Fiscalização no auto de infração, modificada tão somente para contemplar o quanto alegado nas razões de defesa: a) apropriação dos valores de ICMS recolhidos pelo SIMPLES NACIONAL; e b) o crédito do ICMS relativo às compras feitas fora do Estado da Bahia. Afirma que se pode verificar que ao final do período o impugnante seria credor, restando incontrovertida a completa improcedência da autuação.

Sobre a infração 02, alega que não há planilha informando a apontada diferença entre a Redução Z e as informações vindas do cartão de crédito. Diz que é nula a autuação, pois não oferece meios de o impugnante conhecer a origem do crédito e, mais do que isso, de lhe propiciar meios para defender-se administrativamente.

Afirma 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 consequentes danos ao Erário.

Tendo em vista a necessidade de também proteger o direito ao sigilo fiscal ínsito ao Direito pático, a referida norma estabeleceu condições para que a troca de informações entre o Estado e as instituições financeiras não ultrapassasse o limite do razoável. Para os fins colimados na defesa, entende que merece análise o quanto disposto no art. 6º da referida norma.

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.

Conclui que se deve conferir, a este respeito, precedente do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, TIT, que administrativamente reconheceu a existência de vício semelhante ao presente.

Quanto à infração 03, alega que o crédito nas compras a tais estabelecimentos é devido, estando inclusive mencionado na planilha anexada (doc 02), daí porque a autuação é inteiramente improcedente.

Em relação à infração 04, alega que, por ser uma Empresa de Pequeno Porte - EPP faz jus à redução de 20% sobre a antecipação parcial (art. 274 e 275 do RICMS 2012 ou §§ 5º e 6º do art. 352-A do RICMS-BA/97). Diz que o mencionado benefício não foi levado a cabo pelo Fisco, conforme se lê das planilhas anexadas e conclui que deve ser refeita a planilha contemplando o benefício e apropriando-se os valores efetivamente recolhidos, o que de logo requer.

Por fim, requer a declaração da nulidade da autuação. Acaso seja ultrapassado tal pedido, e na forma da argumentação acima, pugna, sucessivamente, pelo reconhecimento e declaração da total improcedência do Auto de Infração.

Requer, também, que seja promovida diligência fiscal a fim de comprovar o quanto afirmado nas alegações defensivas. 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.

O autuante presta informação fiscal às fls. 161 a 166 dos autos. Diz que o defensor alegou decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até o dia 06/04/2009 dizendo que a ciência do auto só ocorreu nesta data.

Reproduz os arts. 150 e 173 do Código Tributário Nacional – CTN e diz que o contribuinte foi fiscalizado, e sendo apurado que se tratava de empresa do Regime Normal de Apuração não faria jus à tributação pelo Regime do Simples Nacional.

Informa que de acordo com o Sistema da SEFAZ, o autuado nunca pertenceu ao regime do Simples Nacional, conforme consta no verso do documento "Dados Cadastrais", anexo. O valor do imposto relativo à infração 01, foi devidamente cobrado, mediante utilização da metodologia de apurar mês a mês os débitos relativos às saídas de mercadorias, adicionados a outros débitos (menos) os créditos relativos às entradas de mercadorias, adicionados a outros créditos, apurando-se o valor do imposto devido em cada mês, tudo conforme os livros fiscais da empresa (fls. 13/18) do PAF.

Quanto à Infração 02 diz que se trata de diferenças apuradas entre os valores relativos a vendas informadas pelas Administradoras de cartão e os valores apurados em vendas mediante emissão de notas fiscais e Reduções "Z". Os valores apurados estão devidamente demonstrados nas planilhas anexas.

Salienta que em relação à "omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito", por lapso, as planilhas relativas não foram apensadas ao PAF, entretanto, esta falha fica saneada, visto que é anexa à Informação Fiscal e ao mesmo tempo será dado ciência ao Contribuinte.

Relativamente à Infração 03 diz que se trata de créditos de ICMS indevidamente utilizados pela empresa, na apuração do seu imposto, conforme apurado, planilhas anexas.

Informa que a empresa deixou de recolher antecipação parcial relativamente às aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, conforme está previsto na legislação. Assim, foi aplicada a multa de 60% do valor do imposto que deveria ter sido recolhido. É o que consta da infração 04, conforme demonstrativos constantes no PAF (fls. 32/55).

Ressalta que o autuado, em sua defesa, não apresentou dados ou informações, planilhas ou outros elementos que comprovem a inexistência da obrigação da dívida tributária. Não apresentou dados, confrontando os valores devidos e recolhidos com os lançados nos seus livros fiscais. Limitou-se, apenas, a apresentar uma folha de papel impressa que denominou de "APURAÇÃO DE

ICMS - PAL FILIAL - 2009 a 2010", sem, contudo comprovar os elementos (argumentos) capazes de demonstrar a sua imputabilidade tributária.

Com base em tudo que foi posto entende o autuante que os pedidos do contribuinte carecem de apoio legal e, dessa forma, opina pela manutenção total do Auto de Infração em lide.

Pede que se dê ciência ao Contribuinte dos papéis de trabalho relativos à 2ª infração para que tome conhecimento dos Demonstrativos que geraram a cobrança do ICMS relativo àquela infração.

À fl. 184 o defendante foi intimado sobre a informação fiscal e demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, sendo concedido o prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

À fl. 192 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante esclarecesse de onde foram extraídos os dados utilizados na Auditoria da Conta Corrente que resultou na exigência do imposto constante na infração 01.

Também foi solicitado que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, reabrindo o prazo de defesa.

Se apresentada nova impugnação pelo autuado, que o PAF fosse remetido ao autuante para tomar conhecimento, e prestar nova informação fiscal acerca das alegações do contribuinte.

Em cumprimento à diligência solicitada, o autuante presta nova informação fiscal às fls. 195/196, esclarecendo que foi realizada Auditoria de Conta Corrente do ICMS, conforme Papéis de Trabalho relativos aos demonstrativos colacionados aos autos (fls. 13/18). Diz que a apuração do imposto devido foi efetuada mediante metodologia, a partir dos débitos de ICMS, extraídos dos livros fiscais de saídas, lançamentos feitos pelo contribuinte (fls. 64 a 97), sendo deduzidos os créditos também registrados pelo defendante nos livros fiscais de entradas (fls. 104 a 138).

Informa que, do resultado apurado, relativo às operações constantes do parágrafo anterior, foram deduzidos os valores referentes à denúncia espontânea de nº 6000000952128, e pelo não pagamento gerou o débito declarado de nº 8000000573128, de 14/09/2012 e dos valores da antecipação parcial constantes no sistema da SEFAZ.

A título de exemplo, elabora demonstrativo à fl. 196 e encaminha o presente PAF à Infaz Varejo para providenciar a entrega ao contribuinte de cópia da diligência.

À fl. 205 do PAF, o autuado foi intimado quanto à diligência fiscal, constando à fl. 206, Aviso de Recebimento comprovando a entrega da referida intimação. Consta que foram encaminhadas as cópias do encaminhamento da diligência e da informação fiscal (fls. 192 e 195/196, respectivamente), tendo sido reaberto o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, alegando 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 devido.

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

Quando se constata a existência de dúvidas sobre a metodologia de apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para os necessários esclarecimentos e, se for o caso, correção

de inconsistências e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 195/196, esclarecendo que foi realizada Auditoria de Conta Corrente do ICMS, conforme Papéis de Trabalho relativos aos demonstrativos colacionados aos autos (fls. 13/18). A apuração do imposto devido foi efetuada a partir dos débitos de ICMS, extraídos dos livros fiscais de saídas, lançamentos feitos pelo contribuinte (fls. 64 a 97), sendo deduzidos os créditos também registrados pelo deficiente nos livros fiscais de entradas (fls. 104 a 138). Do resultado apurado, foram deduzidos os valores referentes à Denúncia Espontânea de nº 6000000952128, e pelo não pagamento, gerou o débito declarado de nº 8000000573128, de 14/09/2012 e dos valores da antecipação parcial constantes no sistema da SEFAZ.

Vale salientar que à fl. 205 do PAF, o autuado foi intimado quanto à mencionada informação fiscal e reabertura do prazo de defesa, constando à fl. 206, Aviso de Recebimento comprovando a entrega da referida intimação. Decorrido o prazo concedido, o deficiente não apresentou qualquer manifestação.

Constatou 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 às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do lançamento, ficando rejeitada a preliminar apresentada.

O deficiente também alegou que foram considerados períodos já tragados pela decadência. Ressaltou que o presente auto de infração foi dado ciência em 07/04/2014, por isso, todos os fatos geradores ocorridos antes de 06/04/2009 encontram-se tragados pela decadência, devendo os lançamentos decorrentes ser extirpados do auto em tela.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN”. Ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.
2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas, apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.
3. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.

Considerando que no presente PAF houve levantamento fiscal apurando-se imposto não declarado e não pago ou diferença entre o declarado, o devido e o recolhido, implica dizer que

não há pagamento a ser homologado, e neste caso, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I do CTN.

No presente processo, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2009 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2014. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2014, tendo como data de ciência 10/04/2014, nestas datas, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, constando, ainda, que se trata de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos efetuados nos livros fiscais próprios, no período de janeiro de 2009 a julho de 2010.

O defensor alegou que o autuante refez a conta corrente do ICMS, porém sem demonstrar como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação. Disse 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 durante o período autuado jamais foi notificado de qualquer desenquadramento do regime simplificado em comento, e que o autuante deixou de considerar e abater do quanto apurado o ICMS recolhido no referido regime simplificado. Requeru a apropriação dos valores de ICMS recolhidos pelo SIMPLES NACIONAL; e a inclusão do crédito do ICMS relativo às compras feitas fora do Estado da Bahia.

Nos esclarecimentos prestados em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante informou que foi realizada Auditoria de Conta Corrente do ICMS, conforme Papéis de Trabalho colacionados aos autos (fls. 13/18). A apuração do imposto devido foi efetuada a partir dos débitos de ICMS, extraídos dos livros fiscais de saídas, lançamentos feitos pelo contribuinte (fls. 64 a 97), sendo deduzidos os créditos também registrados pelo defensor nos livros fiscais de entradas (fls. 104 a 138). Do resultado apurado, foram deduzidos os valores pagos referentes à Denúncia Espontânea de nº 6000000952128.

O autuante também esclareceu que de acordo com o Sistema da SEFAZ, o autuado nunca pertenceu ao regime ao Simples Nacional, conforme consta no verso do documento "Dados Cadastrais", anexo. Portanto, conforme consta no sistema de informações cadastrais do Contribuinte, o autuado apurava o imposto por meio de conta corrente fiscal.

Após regular intimação sobre o resultado da diligência fiscal, o autuado não indicou quais as notas fiscais não foram consideradas no levantamento fiscal nem acostou aos autos qualquer documento, inclusive de arrecadação, para comprovar a alegação defensiva. Como se trata de fato vinculado à escrituração fiscal e a documentos que estão na posse do autuado, a prova deveria ter sido acostada aos autos, não cabendo a este órgão julgador promover a busca de elementos, cuja obrigação de anexar aos autos é do contribuinte.

Considerando que o defensor não apresentou qualquer documento para contrapor o levantamento fiscal nem comprovou o recolhimento do débito apurado, acato os valores apurados pelo autuante mediante levantamento fiscal e concluo pela procedência desta infração.

Infração 02: Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no mês de novembro de 2010.

O autuado alegou que não há planilha informando a apontada diferença entre a Redução Z e as informações vindas do cartão de crédito. Disse que é nula a autuação, pois não oferece meios para o impugnante conhecer a origem do crédito e, mais do que isso, de lhe propiciar meios para defender-se administrativamente,

O autuante informou que, por lapso, as planilhas relativas não foram apensadas ao PAF, entretanto, esta falha ficou saneada quando prestou informação fiscal, pedido que fosse dado conhecimento ao Contribuinte. Por se tratar de levantamento fiscal não anexado originariamente no Auto de Infração, não foi reaberto o prazo de defesa, tendo sido concedido, por equívoco, o prazo de dez dias para o deficiente se manifestar.

Na nova intimação em atendimento à diligência fiscal, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi reaberto o prazo de defesa, mas o deficiente não apresentou qualquer manifestação.

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

“Art. 4º

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Considerando que o comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado a documento fiscal emitido pelo contribuinte, trata-se de exigência de vinculação do documento fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação, sendo realizado o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Se fosse comprovado que houve operações com cartão registradas como se fossem em dinheiro ou outro tipo de pagamento, a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais seriam objeto de exclusão no levantamento fiscal. Entretanto, tal comprovação não foi alegada nem acostada aos autos e não consta que foi apresentada quando da realização da ação fiscal.

O deficiente comentou sobre o sigilo fiscal e disse que as Autoridades Fazendárias, inclusive o autuante, somente poderiam examinar os registros de instituições financeiras se houvesse processo administrativo instaurado.

O art. 824-W do RICMS/97, vigente à época, estabelece que 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 ICMS através de seus sistemas de crédito, débito ou similares. Portanto, não há necessidade de decisão judicial para obter os dados constantes dos arquivos das administradoras de cartão de crédito, que enviam os dados à SEFAZ.

Os mencionados relatórios enviados pelas administradoras de cartões de débito ou de crédito são utilizados para o levantamento fiscal, e se não fossem analisados pelo fisco não haveria motivos para constar na legislação a obrigatoriedade para as administradoras em relação ao envio à SEFAZ dos valores correspondentes a cada operação realizada.

Acato a apuração efetuada pelo autuante, conforme demonstrativo à fl. 26 do PAF e conclusão pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte, nos meses de fevereiro a julho, outubro a dezembro de 2009; janeiro, março, julho e novembro de 2010.

O defensor alegou que o crédito nas compras a tais estabelecimentos é legítimo, estando inclusive mencionado na planilha que anexou aos autos, daí porque entende que a autuação é inteiramente improcedente.

O autuante informou que se trata de créditos de ICMS indevidamente utilizados pela empresa, na apuração do seu imposto, conforme apurado, planilhas anexas (fls. 19 a 31 do PAF). Disse que o autuado deixou de recolher antecipação parcial relativamente às aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação.

Conforme estabelece o art. 23 da Lei Complementar 123/2006, as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional e, conforme as operações e prestações que realizar, os documentos fiscais, inclusive os emitidos por meio eletrônico, serão autorizados pelos entes federados onde possuir estabelecimento.

Vale ressaltar que o § 2º do mencionado artigo prevê a alíquota aplicável no cálculo do crédito correspondente ao ICMS das aquisições de mercadorias junto a empresas do Simples Nacional que deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II da referida Lei Complementar 123/2006 para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação. Ou seja, no documento fiscal deverá constar a seguinte observação: “PERMITE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$...; CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA DE ...%, NOS TERMOS DO ART. 23 DA LC 123/06”.

Como não ficou comprovado nos autos que os documentos fiscais objeto da utilização dos créditos fiscais glosados, apresentavam os requisitos e as informações estabelecidas na legislação para ensejar o aproveitamento do referido crédito fiscal, concluo que não há como acatar as alegações defensivas. Mantida a exigência fiscal.

Infração 04: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, tendo sido aplicada multa percentual sobre o valor não recolhido.

O autuante afirmou que o defensor deixou de recolher antecipação parcial relativamente às aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, conforme está previsto na legislação. Assim, foi aplicada a multa de 60% do valor do imposto que deveria ter sido recolhido. É o que consta nos demonstrativos constantes no PAF (fls. 32/55).

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.

O artigo 352-A do RICMS-BA/97 também trata da Antecipação Parcial, prevendo a concessão de redução do valor do imposto no caso de recolhimento no prazo regulamentar:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

(...)

§ 4º No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de

estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar.

§ 5º Nas aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de ME e EPP, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não cumulativa com a redução prevista no § 4º.

§ 6º Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos §§ 4º e 5º deste artigo, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

O presente lançamento não foi efetuado para cobrar imposto, que foi recolhido quando da saída das mercadorias, segundo a descrição dos fatos, mas apenas a multa. Neste caso, a própria Lei 7.014/96, instituidora da obrigação tributária, também estabelece a penalidade pelo descumprimento da obrigação principal.

O defensor alegou que por ser uma Empresa de Pequeno Porte - EPP faz jus à redução de 20% sobre o valor da antecipação parcial, conforme estabelecem os artigos art. 274 e 275 do RICMS-BA/2012 ou §§ 5º e 6º do art. 352-A do RICMS-BA/97. Disse que o mencionado benefício não foi levado a cabo pelo Fisco, conforme se lê das planilhas anexadas aos autos.

Se observa que no levantamento fiscal não foi computado o desconto previsto na legislação, considerando a condição do autuado, conforme registrado nos “Dados Cadastrais” desta SEFAZ. Neste caso, em razão de não ter sido computado o desconto previsto no RICMS-BA, não foram comprovadas as diferenças que serviram de base para a cobrança da multa.

Acato as alegações defensivas e conlui que não ficou comprovada a irregularidade apurada, sendo improcedente a multa exigida neste item da autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 117227.0002/14-5, lavrado contra **P.A.L. DE OLIVEIRA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.561,67**, acrescido das multas de 50% sobre R\$28.569,27, 60% sobre R\$25.716,41 e 100% sobre R\$2.275,99, previstas no art. 42, incisos I, “a” II, “f”, VII, “a” e inciso, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA