

A. I. Nº - 110120.0014/13-7
AUTUADO - CARMINHA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - VERA MARIA PIRES PURIFICAÇÃO
ORIGEM - INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/06/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0064-01/17

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DE OFÍCIO DO SIMPLES NACIONAL. Ação fiscal decorrente de investigação iniciada pela INFIP acerca de sonegação fiscal. Rejeitadas arguições de nulidade. Base de cálculo foi demonstrada pela autuante com base nos registros fiscais do contribuinte, a exclusão de ofício ocorreu nos termos da legislação e a decadência do direito da Fazenda Pública exigir os créditos tributários é regida pelo inciso I do art. 173 do CTN. Autuante procedeu os ajustes necessários para a apuração do real valor devido. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2013, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 301.573,79, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (02.01.01), ocorridos nos meses de abril a dezembro de 2008, de abril de 2009 a maio de 2012 e de julho a dezembro de 2012, acrescido de multa de 50% no período de abril de 2008 a fevereiro de 2010, nos termos da alínea “a” do inciso I do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e de multa de 60% no período de março de 2010 a dezembro de 2012, nos termos da alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A autuante acrescenta que o autuado foi apontado no Boletim de Inteligência Fiscal nº 295/2011 e excluído da condição de Simples Nacional através do Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 10/2012, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 03/05/2013, através do edital de Notificação de Exclusão do Simples Nacional nº 05/2012. Após o levantamento efetuado nos livros e documentos, a autuante constatou diferença entre os valores declarados na denúncia espontânea referente ao ICMS normal dos exercícios de 2008 a 2012 e o apurado na presente ação fiscal.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração das fls. 356 a 365. Entende que o Auto de Infração não deve prosperar porque a autuante produziu a planilha de débito sem demonstrar como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação. Por isso, requer a nulidade do Auto de Infração. Ademais, entende que por ser optante do SIMPLES NACIONAL durante o período autuado, não poderia ser tributada pelo regime normal de apuração. E ainda argumenta que, por ser autuação por recolhimento a menor de tributo, o prazo decadencial para o lançamento de ofício é de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador.

O autuado lembra que o autuante deixou de considerar os créditos decorrentes de antecipação parcial, bem como dos recolhimentos feitos ao Erário Estadual por meio do SIMPLES NACIONAL no período.

Reiterou que tanto na leitura do Auto de Infração quanto na leitura do demonstrativo de cálculo de ICMS, percebe-se que a 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. Assim, reitera pela

nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito à ampla defesa, na forma do art. 18 do RPAF.

O autuado afirma que, durante o período autuado, jamais foi notificada de qualquer desenquadramento do regime simplificado do simples nacional. Entende que a exclusão de ofício do SIMPLES NACIONAL de acordo com o Edital de Notificação de exclusão do SIMPLES NACIONAL Nº 05/2012 não permite se concluir que a ciência de tal ato se deu na forma preconizada em lei.

O autuado adverte que somente teve ciência da autuação em 22/10/2013. Assim, em se tratando de autuação por recolhimento a menor, é aplicável ao caso concreto o quanto dispõe o art. 150 § 4º do CTN, ou seja, caduca o direito de promover o lançamento de ofício após 05 anos contados do fato gerador.

Como o autuado foi notificado da lavratura do Auto de Infração em 22/10/2013, reclama que todos os fatos geradores ocorridos antes de cinco anos desta data, ou seja, antes de 22/10/2008 estão extintos pela decadência.

O autuado alega, ainda, que não foi abatido do montante lançado créditos de ICMS a que faz jus. 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 (fls. 381 a 383).

O autuado informa que no mês 03/2011, operação de devolução de mercadoria (CFOP 6.202), no montante de R\$2.486,25, foi incluída na base de cálculo daquele exercício. Lembra que nos demonstrativos referentes aos anos de 2008, 2009, 2010 e 2012 a autuante excluiu do cálculo do ICMS as operações com o citado código CFOP.

O autuado reitera que é pessoa jurídica optante do SIMPLES NACIONAL, recolhendo o ICMS através deste regime, e jamais podendo ser fiscalizada como se fosse tributada pelo regime normal de apuração. Além disso, reclama que não foi abatido do valor apurado o ICMS recolhido no referido regime simplificado. Na planilha das fls. 381 a 383 foi incluída coluna visando abater do valor apurado a importância paga pelo regime do simples nacional.

O autuado alega também que, ao apropriar os créditos de ICMS relativos às antecipações parciais, a autuante deixou de fazer a devida correspondência entre os exercícios de recolhimento e os exercícios considerados para fins de cálculo. O valor de R\$938,28 foi apropriado na competência de 04/2009, quando o correto seria inseri-lo na competência de 03/2009.

O autuado alega que também deixou de ser considerado os valores dos créditos relativos à antecipação parcial do ICMS nos meses de 11/2008, 12/2008, 01/2009, 02/2009, 08/2012, 09/2012, 10/2012, 11/2012 e 12/2012. Informa que os valores corretos foram compensados na planilha das fls. 381 a 383.

Assim, o autuado junta planilha idêntica àquela elaborada e juntada pela autuante, modificada tão somente para contemplar o quanto arguido na argumentação defensiva: a) a decadência do período anterior a novembro de 2008; b) a apropriação dos valores de ICMS recolhidos pelo SIMPLES NACIONAL; c) a apropriação indevida das operações de CFOP 6.202; e d) o crédito do ICMS relativo às antecipações parciais. De acordo com esta planilha, o autuado seria devedor de R\$ 57.912,97.

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

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 contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

A autuante apresentou informação fiscal das fls. 387 a 391. Afirma que no período fiscalizado, exercício de 2008 ao exercício de 2012, o autuado estava inscrito como empresa optante do

Simples Nacional, fls. 297, mas ficou constatado através do Relatório de Inteligência Fiscal nº 295/2011, fls. 296 a 352, a incompatibilidade da opção pelo citado regime, por parte da empresa.

Em 24/04/2012 foi lavrado Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 10/2012 (fls. 296) e em 03/05/2012 (fls.345) foi publicado no Diário Oficial o Edital de Notificação de Exclusão do Simples Nacional nº 05/2012, notificando o contribuinte de sua exclusão do citado regime.

Informa, ainda, que os levantamentos fiscais foram baseados nos livros e documentos fiscais fornecidos pelo autuado. Cópias dos livros fiscais Registro de Saída de Mercadorias e Registro de Entrada de Mercadorias encontram-se anexados ao presente processo: Exercício de 2008 fls. 32 a 78; Exercício de 2009 fls. 90 a 132; Exercício de 2010 fls. 142 a 183; Exercício de 2011 fls. 192 a 239 e Exercício de 2012 fls. 249 a 294.

A autuante informa que, do livro Registro de Entrada de Mercadorias, considerou os créditos do ICMS lançados conforme consta dos Demonstrativos das Entradas 2008 fls.24; 2009 fls.83; 2010 fls.137; 2011 fls.188 e 2012 fls.243.

Já do livro Registro de Saídas de Mercadorias, a autuante retirou a base de calculo para a definição do valor do débito do ICMS, conforme consta dos Demonstrativos das Saídas 2008 fls.23; 2009 fls.82; 2010 fls.136; 2011 fls.187 e 2012 fls. 243. Disse que os valores apurados da base de calculo para definição dos valores do débito do ICMS, anteriormente citados, encontram-se no livro de Registro de Saída do contribuinte na parte referente aos resumos mensais dos lançamentos cujas cópias encontram-se anexadas ao presente processo.

Em relação ao crédito do ICMS Antecipação Parcial, a autuante informa que o mês correto da apropriação do crédito é sempre o mês subsequente ao pagamento do ICMS Antecipação Parcial, e assim foi efetuado pela fiscalização.

A autuante informou que procedeu a retificação do débito lançado ao considerar os valores do ICMS SIMPLES NACIONAL recolhidos. Assim, sugere que os valores do ICMS a recolher, constante do presente Auto, sejam reduzidos para R\$59.971,17, conforme demonstrativo a seguir:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO DO AUTO DE INFRAÇÃO

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ.	DÉBITO	MULTA
30.06.2008	09.07.2008	10.423,70	17%	1.772,03	50%
31.07.2008	09.08.2008	9.406,35	17%	1.599,08	50%
30.11.2008	09.12.2008	15.265,17	17%	2.595,08	50%
31.10.2012	09.11.2012	13.394,58	17%	2.277,08	50%
30.11.2012	09.12.2012	41.296,35	17%	7.020,38	50%
31.12.2012	09.01.2012	262.985,41	17%	44.707,52	50%

O autuado se manifestou à fl. 396, apenas alegando que a informação fiscal não foi capaz de se contrapor aos argumentos apresentados na defesa.

Posteriormente, o autuado substabeleceu sem reservas de poderes a sua representação para o Bel. Fernando José Máximo Moreira – OAB/BA nº 11.318.

A autuante apresentou informação fiscal à fl. 412, afirmando que a manifestação do autuado apenas confirmou os termos da defesa já contestada na primeira informação fiscal.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente Auto de Infração em diligência para que a autuante refizesse o demonstrativo de débito utilizando os valores pagos a título de antecipação parcial ou antecipação de descredenciados no mesmo mês em que ocorreu o recolhimento e considerando as saídas de mercadorias em devolução como tributadas pela mesma alíquota adotada na sua aquisição.

A autuante apresentou informação das fls. 419 a 427, em cumprimento à diligência requerida, e concluindo pela redução do lançamento tributário para R\$ 46.029,75.

O autuado foi intimado a se manifestar acerca da nova informação fiscal apresentada, conforme

documentos às fls. 431 e 432, mas não se pronunciou.

Em razão de requerimento formulado pelo autuado de intervenção para controle de legalidade visando à suspensão temporária da execução fiscal durante realização de perícia contábil para apuração do valor devido, o processo foi remetido para a Procuradoria Geral do Estado para que fossem extraídas cópias das principais peças.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração sob a argumentação de que não foi demonstrado como se determinou a base de cálculo do tributo exigido neste Auto de Infração. A base de cálculo foi determinada com base no valor das operações tributadas realizadas pelo autuado e por ele informadas em seu registro de saídas, conforme demonstrado pelos documentos anexados das fls. 19 a 294.

Também rejeito o pedido de nulidade em razão da alegada impossibilidade de ser tributada pelo regime normal de apuração em período que estava enquadrada como optante do simples nacional. O § 3º do art. 29 da Lei Complementar nº 123/06 estabelece que a exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor. De acordo com o inciso II do art. 75 da Resolução CGSN nº 94/11, os Estados têm competência para excluir de ofício uma empresa do simples nacional e, de acordo com o § 2º do referido artigo, a ciência ao contribuinte do termo de exclusão seguirá o rito definido na legislação da respectiva unidade federada.

O art. 327 do RICMS/12, vigente à época em que se procedeu a exclusão de ofício, estabelecia que a comunicação da exclusão se daria por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão. O autuado teve o seu Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 10/2012, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 03/05/2013, conforme documento às fls. 349 e 350.

Como o motivo da exclusão foi a existência de sócio com mais de 10% do capital de outra empresa, cujo somatório da receita bruta ultrapassou a R\$2.400.000,00 desde o ano de 2006, critério que vedava o ingresso no Simples Nacional, conforme inciso V da Resolução CGSN nº 94/2011, a exclusão do Simples Nacional surtiu efeitos a partir de 1º de julho de 2007.

Também rejeito a alegada decadência do direito da Fazenda Pública exigir crédito tributário referente a fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da ciência ao contribuinte, com base no § 4º do art. 150 do CTN. A presente autuação decorre do Boletim de Inteligência Fiscal nº 295/2011 que apura sonegação fiscal, hipótese em que deve ser aplicada a regra de decadência estabelecida no inciso I do art. 173 do CTN, cuja contagem se inicia do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Após a apresentação da defesa pelo autuado e do envio da diligência fiscal requerida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, a autuante promoveu os ajustes necessários visando a apuração do real valor devido. Apropriou os créditos referentes aos valores pagos a título de antecipação parcial no efetivo mês em que ocorreu o recolhimento, abateu os valores de ICMS recolhidos pelo regime do simples nacional e lançou o débito das devoluções de mercadorias pela mesma alíquota aplicada quando do recebimento das mercadorias.

Considerando que a ação fiscal decorreu de constatação de sonegação fiscal, inicialmente apurada pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP), decido que a multa a ser aplicada deverá ser de 100%, conforme estabelecido na alínea “j” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$46.029,75, conforme a seguir:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/10/2008	1.494,63
31/12/2012	44.535,12
Total	46.029,75

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110120.0014/13-7**, lavrado contra **CARMINHA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.029,75**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR