

A. I. Nº - 147074.0010/13-3
AUTUADO - I M DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP
AUTUANTE - ANTONIO CARLOS SALES ICO SOUTO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET- 01. 09. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0126-01/17

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. DIVERGÊNCIA APURADA ENTRE O VALOR CONSTANTE NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS E O VALOR EFETIVAMENTE RECOLHIDO. Autuado não traz elementos para elidir a acusação. Infração procedente. **2.** OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO APURADO MEDIANTE COMPARAÇÃO ENTRE O VALOR DAS VENDAS REALIZADAS COM OS VALORES INFORMADOS POR ADMINISTRADORA DE CARTÃO. Valor apurado está demonstrado nos autos. Infração subsistente. **3.** MULTA. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. Afastada a exigência em relação a documentos trazidos pelo autuado referente a devolução de compras e aquisições não destinadas à comercialização. Infração 3 procedente em parte. **b)** Autuado não traz elementos que possa afastar a exigência fiscal. Infração 04 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/2013, formaliza a exigência de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$231.746,12, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (03.01.05) - recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração do ICMS, ocorrido de fevereiro de 2009 a março de 2011, de maio a setembro de 2011 e de fevereiro a abril de 2012, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$158.540,04, acrescido de multa de 50% prevista no item 1 da alínea “b” do inciso I do art. 42 da lei nº 7.014/96, para o período de fevereiro de 2009 a fevereiro de 2010, e de 60% prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para o período de março de 2010 a abril de 2012.

Infração 02 (05.08.01) - omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito, ocorrido de maio a agosto de 2012, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$68.839,53, acrescido de multa 100% prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (07.15.05) - multa percentual sobre parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, ocorrido em janeiro, fevereiro e outubro de 2009, setembro de 2010, abril e maio de 2011 e de janeiro e março de 2012, no valor de R\$2.305,26, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (07.15.03) - multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, ocorrido nos meses de março e setembro de 2012, no valor de R\$2.061,29, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 43 a 51, demonstrando, inicialmente, que a sua impugnação foi apresentada tempestivamente. Em seguida, o autuado requer a nulidade da infração 01 do auto de infração, pois o autuante não demonstrou como determinou a base de cálculo do tributo indicada na autuação e também porque o autuado era optante pelo simples nacional, durante o período autuado, motivo pelo qual não poderia ser tributada pelo regime normal de apuração.

O autuado afirma que não entendeu de onde foram retirados os valores que constam nas planilhas de "Auditoria de Conta Corrente", nem quais foram as notas fiscais utilizadas ou quais foram as naturezas das operações.

No mérito, o autuado entende que, como é optante do simples nacional, não tendo dele sido excluído nem tendo optado pela saída do regime, é totalmente impropriedade o auto de infração que se dispõe a exigir recolhimento de tributação pelo regime normal.

O autuado apresenta planilha anexa às fls. 58 e 59 demonstrando o cálculo que considera correto, pois o autuante não abateu créditos a que faz jus. Entende que o autuado é credor do Estado da Bahia no valor de R\$117.173,71.

Entende o autuado que, mesmo desconsiderando a opção pela apuração pelo regime do simples nacional, ao calcular o imposto pelo regime normal, o valor apurado deveria ser abatido do que foi pago pelo regime simplificado.

Em relação às infrações 03 e 04, observa o autuado que não foram observadas que constam inseridas nas planilhas elaboradas pelo autuante notas fiscais de devolução e notas fiscais de mercadorias destinadas ao uso e consumo, conforme anexado das fls. 60 a 63.

Por fim, em resumo, pede:

- nulidade da infração 01;
- procedência parcial da infração 03 e 04;
- restituição em dinheiro da importância de R\$117.173,71;

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.

O autuante se manifestou à fl. 67, afirmando que, em relação à infração 01, o autuado somente esteve enquadrado no simples nacional no dia 01/01/2009, sendo desenquadrado no mesmo dia. Quanto à alegação de que não foram compensados os recolhimentos feitos pelo simples nacional, o autuante constatou que só ocorreu em 07/2012 e que não influenciou no resultado da infração.

O autuante lembra que não houve pronunciamento do autuado em relação à infração 02. Diante da defesa apresentada pelo autuado, revisou as infrações 03 e 04, e retirou a cobrança da multa sobre as notas fiscais nº 53, 06 e 185. Assim, os valores cobrados passaram a ser de R\$134,67 em 2009, R\$50,48 em 2010, R\$47,23 em 2011 e R\$3.871,79 em 2012.

Assim, requer a procedência em parte do auto de infração no valor de R\$ 231.483,74.

O autuado apresentou manifestação à informação fiscal (fls. 81 a 87), ratificando ausência de demonstração da obtenção da base de cálculo e a ausência de motivos para cobrança do ICMS pelo regime normal, haja vista que o autuado não se desvinculou nem foi excluído do simples nacional.

O autuado questiona como poderia ter sido vinculado e desvinculado ao simples nacional no mesmo dia em 2009 e continuar recolhendo neste regime até 2012?

Nega que o recolhimento pelo simples nacional tenha ocorrido apenas no mês de 07/2012, mas em todo o período indicado na planilha apresentada. Reafirmando que o crédito reconhecido pelo autuante deve ser abatido do valor exigido.

Em relação à infração 02, o autuado entende que deve ser considerada nula, pois o envio das informações pela administradora de cartão de crédito ocorreu antes do início do processo administrativo fiscal ter iniciado, conforme determina o art. 6º da Lei Complementar 105/2001.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 99 e 100 onde informa que a base de cálculo referente à infração 01 foi obtida dos arquivos, livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado à SEFAZ. Apresenta documento obtido junto à Receita Federal onde não consta período em que o autuado estivesse enquadrado no simples nacional.

Diz que os recolhimentos efetuados, conforme informado das fls. 91 a 95, referem-se à inscrição estadual nº 76457951, pertencente à matriz e que já tinham sido considerados no auto de infração nº 1470740008/13-9. Afirma que considerou o valor recolhido em 07/2012 no valor de R\$3.658,50, pois o valor de R\$507,42 decorre de acréscimos por pagamento intempestivo.

Quanto ao pedido de nulidade da infração 02, o autuante informa que as administradoras de cartão estão obrigadas a envio das informações ao fisco, conforme estabelecido no art. 35-A da Lei nº 7.014/96.

Por fim, requer a procedência em parte do auto de infração no valor de R\$231.483,74.

O autuado fez nova manifestação à fl. 107 reiterando os argumentos lançados anteriormente.

O autuante em nova informação à fl. 113 ratifica o pedido de procedência em parte do auto de infração.

Em documento anexado à fl. 120, o autuado constituiu novo representante legal e solicita que as notificações sejam para ele enviadas.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de julgamento realizada no dia 17 de novembro de 2015, deliberou pela conversão do processo em diligência ao Autuante para que ele eliminasse inconsistências verificadas na revisão do demonstrativo da infração 03.

Em cumprimento à diligência, o autuante repetiu argumentos trazidos nas informações anteriores e retificou a informação referente aos documentos retirados da infração 03. Disse que as notas fiscais retiradas foram a de nº 53 (fl. 60), 185 (fl. 62) e 81989 (fl. 63), restando as multas de R\$134,67 em 2009, R\$50,48 em 2010, R\$47,23 em 2011 e R\$3.871,79 em 2012, conforme demonstrativo das fls. 68 a 71.

O autuado se manifestou às fls. 138 e 139, considerando inconcebível a pequena diferença encontrada na revisão fiscal motivada por diligência fiscal no valor de R\$262,38. Por isso, requereu que os autos fossem encaminhados para novo pronunciamento da ASTEC.

Em razão da aposentadoria do autuante, o Auditor Fiscal Roque Pereira da Silva foi designado e prestou informação fiscal das fls. 147 a 150. Disse que o autuado nunca pertenceu ao Regime do Simples Nacional em razão da Inspeção Fazendária de Investigação e Pessoas (INFIP) ter concluído que a adesão do autuado ao SimBahia se deu de forma irregular, conforme Relatório de Inteligência Fiscal das fls. 153 a 196.

Lembra que foram apensados ao processo a relação de DAEs dos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012 (fls. 73 a 76), onde consta apenas um recolhimento com código de receita do Simples Nacional (código 709), no valor de R\$3.658,50 (fl. 76).

Ressalta que o autuado requereu diligência à ASTEC mas não apresentou qualquer planilha ou demonstrativo capaz de invalidar presente lançamento tributário. Estranha que o autuado não

contestou a infração 02 da qual há exigência como se a empresa apurasse pelo regime de conta-corrente fiscal.

Disse que o autuado pertence ao Grupo Trampolim, e por ter incluído sócios fictícios na composição societária foi excluída do Simples Nacional, conforme Edital de Notificação e Exclusão do Simples Nacional nº 04/2012, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia, de 03/05/2012, com efeito retroativo a 1º de janeiro de 2009 (fl. 152). Requer a procedência parcial do auto de infração no valor de R\$231.483,74.

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.

Não acato o pedido de nulidade da infração 01 sob o argumento de que não foi demonstrada a base de cálculo e de que não foi informada as notas fiscais utilizadas no cálculo e nem pela argumentação de que era optante do simples nacional. Os demonstrativos das fls. 16 a 19 indicam que a base de cálculo que deu origem à apuração do imposto devido foi extraída do registro de saídas e o valor apurado como devido corresponde à diferença entre o recolhido e o registrado no livro de apuração do ICMS. O próprio autuado apresenta planilhas às fls. 58 e 59, na tentativa de demonstrar que não devia ao Estado, utilizando a mesma base de cálculo das planilhas apresentadas pelo autuante. Edital de Notificação e Exclusão do Simples Nacional nº 04/2012 revela que o autuado foi excluído do regime de tributação do Simples Nacional com efeitos retroativos a 01/01/2009 (fls. 151 e 152).

Não acato o pedido de nulidade da infração 02 apresentado pelo autuado sob a argumentação de quebra de sigilo fiscal em razão do envio das informações pela administradora de cartão de crédito terem ocorrido antes do início do processo administrativo fiscal. O envio periódico das informações pelas administradoras de cartão de crédito obedecem ao disposto na legislação do Estado da Bahia, mais precisamente no art. 35-A da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 824-W do RICMS/97 e a Portaria nº 124/2006.

Indefiro pedido de diligência junto à ASTEC, requerido pelo autuado. Não foram apontados fundamentos suficientes que justificassem o encaminhamento do processo para nova diligência. Todos os documentos acostados pelo autuado foram analisados e o lançamento referente à infração 03 revisado.

No mérito, em relação à infração 01, observei que, como afirmado anteriormente, nas planilhas das fls. 16 a 19 a base de cálculo utilizada para apuração do imposto devido foi retirada do registro de saídas do autuado. O valor do débito foi apurado pela alíquota de 17%, abatendo-se o crédito de ICMS referente às entradas de mercadorias em cada período de apuração, escriturados no registro de entradas, o valor pago a título de antecipação parcial, indicados na coluna "outros créditos", e valores de débitos já reconhecidos pelo autuado, indicados na coluna "débito declarado".

As planilhas apresentadas pelo autuado (fls. 58 e 59) divergem das elaboradas pelo autuante basicamente em decorrência de coluna referente a imposto supostamente pago pelo regime do simples nacional, cujo valor poderia ser abatido do imposto apurado. Entretanto, não constam nos registros da SEFAZ (fls. 73 a 76) os pagamentos indicados pelo autuado na referida coluna e também não foram anexados por ele aos autos os respectivos comprovantes. O valor do ICMS comprovadamente pago pelo simples nacional, referente ao mês de 07/2012, não reduz o lançamento tributário, pois refere-se a período posterior aos de ocorrência das infrações. Considero a infração 01 procedente.

Em relação à infração 02, o autuado não apresentou contestação quanto ao mérito. Não constam emissões de cupom fiscal nos períodos das ocorrências das infrações, conforme documentos das

fls. 26 a 29. Valor apurado está demonstrado à fl. 20 e as informações da administradora de cartão de crédito está anexado à fl. 34. Considero a infração 02 procedente.

Em relação à infração 03, o autuante revisou o valor da multa aplicada em razão da apresentação pelo autuado da nota fiscal de nº 53 (fl. 60), emitida em devolução à nota fiscal nº 25499 no mês 01/2009, e as de nº 185 (fl. 62) e 81989 (fl. 63), nos meses de outubro e fevereiro de 2009, respectivamente, por não tratarem-se de mercadorias para comercialização.

Por outro lado, a nota fiscal nº 06 (fl. 61) refere-se a devolução da nota fiscal nº 12651, mas não deve ser motivo para redução do imposto exigido, pois esta nota fiscal não consta do demonstrativo de débito da infração 03.

O autuante elaborou novos demonstrativos das fls. 68 a 71. Porém, observo que a reclamação de crédito tributário constante no auto de infração referente à data de ocorrência em 31/12/2012 corresponde, na verdade, à infração ocorrida em 31/10/2012, sendo retificado o demonstrativo nestes termos. Desse modo, reconheço como procedente em parte a infração 03, nos seguintes termos:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
10/2009	134,67
09/2010	50,48
04/2011	12,19
05/2011	35,04
01/2012	673,86
03/2012	1.126,63
10/2012	10,01
TOTAL	2.042,88

Em relação à infração 04, referentes aos meses de abril e setembro de 2012, também reconheço como procedente. O autuado não trouxe qualquer documento ou argumento que pudesse afastar a exigência fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$231.483,74.

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 **147074.0010/13-3**, lavrado contra **I M DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$227.379,57**, acrescido das multas de 50% sobre R\$35.012,98, 60% sobre R\$123.527,06 e 100% sobre R\$68.839,53, previstas no art. 42, incisos I, alínea “b”, item 1, II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais previstos na legislação, e da multa no valor de **R\$4.104,17**, prevista no inciso II, alínea “d” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF 25 de julho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR