

PROCESSO - A. I. Nº 269114.0015/17-8
RECORRENTE - JÚLIA ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (TOP MÓVEIS) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0027-05/18
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/05/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0087-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. O imposto deve ser recolhido pelo regime normal em caso de desenquadramento do regime do Simples Nacional. O fiscal refez toda a conta corrente do contribuinte abatendo valores do regime simples nacional, como também incluindo as saídas das mercadorias sujeitas à ST, tendo a reapuração sido refeita conforme os ditames da Súmula nº 11 do CONSEF. Deferido o pedido de diligência. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 25/06/2017, para exigir crédito tributário em razão da seguinte irregularidade: **02.01.18** - *Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Os valores recolhidos pela autuada sobre a rubrica do ICMS da Antecipação Parcial, foram abatidos conforme demonstrativo em anexo.* Registrada nos meses de janeiro e março a novembro de 2014, no valor de R\$168.146,16, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 21 a 26). O Autuante apresentou informação fiscal (fls. 33 a 35). A JJF decidiu o seguinte:

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a comprovação de entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

Rejeito o pedido de diligência solicitado pelo Autuado, nos termos do Art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação, e por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do Autuado, e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Constato que o Autuado não apontou objetivamente nenhuma falha na autuação, a qual versou sobre os dados obtidos dos seus próprios livros fiscais, apenas alegou que não considerou muitos dos créditos resultantes das suas aquisições de mercadorias e que, em função do volume, não seria possível apensar cópia de todos os cupons fiscais e não fiscais, e dos relatórios gerenciais que demonstrariam a regularidade das suas operações. Contudo, caberia ao Autuado, se fosse o caso, retificar a sua escrita fiscal e anexá-la aos autos, juntamente com os documentos comprobatórios.

No caso em tela, ficou comprovado que o Autuado foi excluído do regime do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/01/2013, momento em que deveria ter migrado espontaneamente para o regime normal, com a adoção da conta corrente fiscal, tendo a autuação exigido o imposto relativo à diferença para o regime normal.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O advogado da recorrente (Dr. Paulo Sérgio Barbosa Neves – OAB/BA nº 16.707) apresenta Recurso Voluntário às fls. 56 a 61, no qual apresenta vasta documentação e suas razões:

- Diz que a 5ª JF julgou Procedente o Auto de Infração;
- Trouxe dispositivos para o cabimento do Recurso Voluntário (art. 171 e 22, §1º) para sua tempestividade;
- **Volta a contrapor pela falta de contabilização dos créditos na elaboração da conta corrente fiscal.** Informa que o contribuinte foi excluído do regime do SIMPLES NACIONAL em 15/06/2016, retroagindo seus efeitos para 01/01/2013, momento em que deveria ter migrado espontaneamente para o regime NORMAL com a adoção do conta-corrente fiscal para escrituração e apuração do ICMS. Porém, também é certo que durante o período que até o momento de sua exclusão o contribuinte vinha recolhendo seus tributos na forma do Regime Simplificado de tributação.
- Afirma que como adotava o regime do SIMPLES NACIONAL, a empresa não escriturou a apuração e pagamento do ICMS na forma do regime do conta-corrente fiscal, sendo que todas as suas aquisições de mercadorias vinham lastreadas por documentos fiscais sem o destaque de ICMS, porquanto recolhia e pagava seus tributos de forma concentrada no SIMPLES, de acordo com o faturamento ajustado.
- Pontua que uma vez determinada a sua exclusão com data retroativa houve a necessidade de se fazer um trabalho que até então não existia e que compreendia a reconstituição de toda a sua escrita fiscal, agora no regime do conta-corrente fiscal, com apuração mensal em livros e demonstrativos próprios dentro de um sistema de apuração que leva em consideração a adoção do princípio da não-cumulatividade do ICMS, enfim, com apuração dos débitos, abatendo-se os créditos de ICMS das operações anteriores.
- Salienta que o problema é que a adoção retroativa dessa metodologia ao qual o contribuinte não estava adstrita, fez com que a escrituração dos livros e demonstrativos exigidos pelo Regime Normal fosse extremamente prejudicada. A produção desses documentos e como consequência a apuração do tributo açodada pela compressão de tempo, fazendo com que a empresa não levasse em consideração muitos dos créditos de ICMS resultantes das aquisições de mercadorias.
- Disse que não se pode olvidar que durante o período fiscalizado o contribuinte pagou ICMS dentro do regime simplificado de tributação, todavia, esses valores não foram computados pelo Autuante como crédito do contribuinte para abater do valor do ICMS exigido, o que revela um grave equívoco que deverá ser corrigido por essa Eg. Câmara.
- Discorre também para **tributação das operações de venda de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária total.** Percebeu no trabalho do autuante que ele tomou todas as vendas de mercadorias como operações tributadas, quando, em verdade, muitas das mercadorias vendidas estavam submetidas ao regime da Antecipação Total do ICMS, com o encerramento no momento da aquisição da fase de tributação.
- Esclarece que o produto colchão comercializado pelo contribuinte, está submetido ao regime da Substituição Tributária por Antecipação, conforme se verifica no item 15, do Anexo 1 do RICMS/2012, sendo que o encerramento da fase de tributação se dá no momento da aquisição da mercadoria.
- Apresenta nova planilha expurgando da base de cálculo as vendas de colchões e os importes de ICMS pagos dentro do SIMPLES NACIONAL.
- Finaliza, requerendo a Improcedência do Auto de Infração guerreado;
- Solicita a necessária diligência por Auditor estranho ao Feito.

Em sessão de Pauta Suplementar do dia 22/02/2019, a 2ª CJF converteu os autos em diligência à INFAZ VAREJO, no sentido de verificar os novos documentos apresentados na peça recursal e a alegação de “*não foram abatidos os valores recolhidos no âmbito do regime do SIMPLES*”

NACIONAL, bem como a inclusão nas saídas tributáveis das mercadorias sujeitas à ST, notadamente o produto “colchão”, conforme apuração e a relação das notas...”, assim, solicitou ao autuante a análise das provas e fundamentos apontados.

Pontuou, o então relator da época, que o diligente deverá elaborar nova apuração de conta corrente, considerando as saídas das mercadorias cuja fase de tributação tenha sido encerrada, bem como abatendo os valores do imposto recolhido no âmbito do SIMPLES NACIONAL relativo ao estabelecimento autuado. Após proceder todas as situações, cientificar o autuado concedendo prazo para manifestação, tendo-a, elaborar nova informação fiscal.

Na conclusão da diligência às fls. 158-59, o autuante informou que a recorrente apresentou notas fiscais de saída e também documentos de venda das mercadorias pertencentes à ST, anexou fotocópias desses documentos em arquivos digitais no CD.

Salienta que os valores dos débitos foram preenchidos com base nas receitas dos meses de dezembro de 2014, lançadas a partir do Extrato do Simples Nacional – 2014, sendo apresentados pelo autuado.

Esclarece que a base de cálculo da receita total do mês faltante foi fornecida pelo campo “Receita Informada – Sem Substituição” corresponde a filial com CNPJ: 014.803.871/0002-39. Ressaltou que o documento Extrato do Simples Nacional – 2013, preenchido e enviado à Receita Federal pela própria empresa, não apresenta nenhuma receita de venda de mercadorias com ST, nos meses lançados. Diz ainda que o livro de saídas segue o mesmo caminho e também não apresenta nenhuma saída com ST.

Informa que a utilização desse documento, não é só desejável, mas necessário e obrigatório para materializar o princípio da verdade material: busca da receita verdadeira da recorrente no exercício de 2014.

Reitera que, por uma questão de paridade processual, o lançamento se faz necessário, já que a defesa os utilizou para lançar os créditos do Simples Nacional, nada mais justo que o FISCO possa utilizá-los para lançar os débitos, ou uma esdrúxula situação aparecerá créditos originados na venda no varejo, sem os devidos débitos.

Acrescenta que há exceções às observações feitas anteriormente, as análises dos demonstrativos e documentos apresentados pela recorrente demonstram que estão coerentes com suas afirmações defensivas. Assinala que acatou os argumentos que modificam o demonstrativo da referida infração com a devida correção e o lançamento do débito correspondentes ao mês de dezembro de 2014.

Roga pela manutenção das infrações do Auto de Infração, considerando os novos valores.

Em nova manifestação do contribuinte, às fls. 198 a 100. O patrono da recorrente verificou que o diligente acatou parcialmente as razões do contribuinte, no entanto, incluiu no demonstrativo valores não exigidos no Auto de Infração, mais precisamente no mês de dezembro de 2014, incorrendo em grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Manifesta que, o fiscal, ao incluir o mês de dezembro de 2014, inovou na acusação fiscal, já que não houve qualquer imputação nesse mês, sendo que a questão que deve ser efetuada reside na possibilidade do autuante atribuir novos débitos ao contribuinte dentro do PAF em curso.

Afirma que a diligência não pode trazer imputações que não constavam no lançamento de ofício, pois a ação foi concluída com a lavratura do Auto de Infração, com lançamento tão somente até o mês de novembro de 2014, ou seja, não havia motivo para o fiscal apresentar acusação relativa ao mês de dezembro.

Pontuou que com a defesa apresentada, ficou estabelecido os limites da lide, conforme o art. 121, I do RPAF, não cabendo qualquer tipo de agravamento ou inovação, mas tão somente a decretação de sua procedência nos exatos termos em que foi constituído o crédito tributário, ou mesmo sua redução, em caso de acatamento das razões defensivas de mérito, ou então a

decretação de nulidade na hipótese de vício insanável.

Cita o art. 127, §7º ou art. 149-A, ambos do RPAF, para dizer que, caso o lançamento do Auto de Infração, seja renovado para gravar a situação do contribuinte não podem acontecer, pois os fatos são os que estão consubstanciados ao demonstrativo inicial de débito acostado no Auto de Infração, no sentido de serem mantidos nos exatos termos em que foi constituído e, não o alterar para valor a maior.

Reproduz o art. 156, para dizer que o FISCO não fica impedido de exigir crédito tributário, constatado no curso do PAF, além daquele constituído no Auto de Infração, todavia não poderá fazê-lo dentro do mesmo processo, carecendo lavratura de novo Auto de Infração, dentro do prazo decadencial.

Sustenta que o autuante o seu demonstrativo de débito original para incluir base de receita, como também não pode se escusa de expurgar das receitas tributáveis as vendas de mercadorias que estavam submetidas ao regime da ST, uma vez que o tributo estadual já havia sido adimplido em operação anterior, nem deixar de abater a quota parte do tributo estadual pago dentro do regime Simples Nacional.

Ao final, pede o reconhecimento da manifestação expurgando do Auto de Infração todos os valores cobrados indevidamente.

É o relatório.

VOTO

Nesta fase recursal, o patrono do recorrente veio aos autos tentar modificar a Decisão recorrida que a 5ª JJF julgou pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado por falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais, sendo que os valores recolhidos de ICMS por antecipação parcial foram abatidos na ação fiscal.

A JJF manteve a autuação sob o argumento de que *“não apontou objetivamente nenhuma falha na autuação, a qual versou sobre os dados obtidos dos seus próprios livros fiscais”,* alegou que *“não considerou muitos dos créditos resultantes das suas aquisições de mercadorias e que, em função do volume, não seria possível apensar cópia de todos os cupons fiscais e não fiscais, e dos relatórios gerenciais que demonstrariam a regularidade das suas operações”,* sendo que caberia a retificação fiscal do contribuinte para a devida comprovação. Também versou o colegiado de piso, que *“ficou comprovado que o Autuado foi excluído do regime do Simples Nacional, com efeitos retroativos a 01/01/2013, momento em que deveria ter migrado espontaneamente para o regime normal, com a adoção da conta corrente fiscal, tendo a autuação exigido o imposto relativo à diferença para o regime normal”.* Esta argumentação fora feita após o indeferimento da diligência solicitada pelo patrono, na qual pediu a perícia para sanar todas as incorreções.

Nas razões recursais, volta a alegar:

a) falta de contabilidade dos créditos referentes ao conta corrente fiscal, sendo que após a exclusão do SIMPLES NACIONAL em 15/06/2016, retroagindo seus efeitos para 01/01/2013, e migração espontaneamente para o regime NORMAL, a escrituração do imposto fora feita através do conta-corrente fiscal, sendo recolhidos tributos na forma do Regime Simplificado de tributação. Destacou que fora escriturada no intervalo de 2013 a 2016 na forma do regime do conta-corrente fiscal, pois as aquisições de mercadorias vinham lastreadas por documentos fiscais sem o destaque de ICMS, quando pagava seus tributos de forma concentrada no SIMPLES, de acordo com o faturamento ajustado. Com exclusão retroativa houve a necessidade de se fazer um trabalho de reconstituição de toda a escrita fiscal, com apuração mensal em livros e demonstrativos próprios dentro de um sistema de apuração que leva em consideração a adoção do princípio da não-cumulatividade do ICMS, abatendo-se os créditos de ICMS das

operações anteriores, conseqüentemente, o contribuinte foi extremamente prejudicado: primeiro, pelo trabalho da reconstituição do conta corrente; segundo, fazendo com que a empresa não levasse em consideração muitos dos créditos de ICMS resultantes das aquisições de mercadorias.

- b) **tributação das operações de venda de mercadorias submetidas ao regime de ST total**, pontuou que o fiscal tomou todas as vendas de mercadorias como operações tributadas, quando muitas das mercadorias vendidas estavam submetidas ao regime da Antecipação Total, com o encerramento no momento da aquisição da fase de tributação, como por exemplo o produto colchão, comercializado pelo contribuinte, submetido ao regime da ST por Antecipação, conforme se verifica no item 15, do Anexo 1 do RICMS/2012, sendo que o encerramento da fase de tributação se dá no momento da aquisição da mercadoria. Apresentou nova planilha expurgando da base de cálculo as vendas de colchões e os importes de ICMS pagos dentro do SIMPLES NACIONAL.
- c) **solicita diligência** por Auditor estranho ao Feito para verificar outros fatos de mesmo sentido do exemplo exposto.

Este colegiado converteu os autos em diligência na pauta suplementar do dia 22/02/2019, para verificar os novos documentos acostados na peça recursal sob a alegação de que *“não foram abatidos os valores recolhidos no âmbito do regime do SIMPLES NACIONAL, bem como a inclusão nas saídas tributáveis das mercadorias sujeitas à ST, notadamente o produto “colchão”, conforme apuração e a relação das notas...”* e após a análise, elaborar nova apuração de conta corrente, considerando as saídas das mercadorias cuja fase de tributação tenha sido encerrada, bem como abatendo os valores do imposto recolhido no âmbito do SIMPLES NACIONAL relativos ao estabelecimento autuado, cientificando o autuado de todo o papel de trabalho produzido.

O autuante concluiu suas análises dos demonstrativos e documentos apresentados pela recorrente, demonstrando que estão coerentes com suas afirmações defensivas. Assinalou que acatou os argumentos que modificaram o demonstrativo da referida infração com a devida correção, e o lançamento do débito correspondente aos meses de fevereiro e dezembro de 2014. Na manifestação do contribuinte, destacou que o diligente não pode incluir valores não exigidos no Auto de Infração, mais precisamente no mês de dezembro de 2014, incorrendo em grave violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois afirmou que não houve qualquer imputação nesse mês, ficando estabelecidos os limites da lide, conforme o art. 121, I do RPAF, não cabendo qualquer tipo de agravamento ou inovação. Disse que o art. 127, §7º ou art. 149-A, ambos do RPAF, mostra que o lançamento para gravar a situação do contribuinte não pode acontecer, pois os fatos são os que estão consubstanciados ao demonstrativo inicial de débito acostado ao Auto de Infração. Solicitou a exclusão dos referidos meses não autuados no Auto de Infração.

Fazendo uma precisa análise de toda a documentação, tanto os papéis da autuação como os da contestação, verifiquei que o recorrente não tem razão, pois ao verificar à fl. 16, demonstrativo analítico da conta corrente que substancia o Auto de Infração, pontuei que o contribuinte fora intimado desta peça que compõe a autuação, e fora constatado que quando o fiscal autuante apurou o crédito tributário, ao fazer a conta corrente do contribuinte, cientificou o sujeito passivo dos referidos meses que o mesmo contesta. Está bem evidenciado que no primeiro refazimento do livro conta corrente, consta crédito de R\$ 33,89 (fevereiro) e R\$ 0,30 (dezembro), fl. 16 dos autos. Com o refazimento determinado por esta Câmara, houve alterações dos valores mensais, ocasionando automaticamente saldo devedor no mês de dezembro e redução em alguns meses, fl. 160, conforme se mostra na planilha. Portanto, cai por terra a referida alegação.

Na análise dos demonstrativos da diligência, o fiscal refez toda a conta corrente do contribuinte abatendo valores do regime simples nacional, como também incluindo as saídas das mercadorias sujeitas a ST.

Ressalto que a reapuração de toda a conta corrente do autuado está conforme a Súmula nº 11 do CONSEF, onde faz evidente ressalva que *“não constitui agravamento da infração, ou*

inobservância do princípio da non reformatio in pejus, o eventual acréscimo ou majoração de valores apurados mensalmente que não advenha de fatos novos, respeitado o limite do valor total lançado na infração”.

Concluo que acolho o resultado da diligência, conforme demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VL LANÇADO	VL JULG-DILIGÊNCIA-FL. 160
JAN/2014	5.919,88	3.736,25
FEV/2014	0,00	5.119,07
MAR/2014	14.068,97	11.339,59
ABR/2014	413,27	0,00
MAI/2014	4.271,72	2.556,81
JUN/2014	10.628,06	6.923,64
JUL/2014	30.233,50	15.964,58
AGO/2014	42.776,59	31.863,48
SET/2014	26.770,96	11.831,30
OUT/2014	29.032,05	20.417,31
NOV/2014	4.031,16	0,00
DEZ/2014	0,00	37.362,08
Total	168.146,16	147.114,11

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269114.0015/17-8**, lavrado contra **JÚLIA ROCHA COMERCIAL DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (TOP MÓVEIS) - ME**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 147.114,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS