

A. I. N° - 298057.0001/11-7
AUTUADO - LEMOS MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - VERA VIRGÍNIA NOBRE DE SANTANA CHAVES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19/12/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0297-03/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLIMENTO DO IMPOSTO. Exigência do imposto efetuada com base nos valores declarados pelo contribuinte na DME, sem a correspondente comprovação de pagamento do imposto. Infração subsistente. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por microempresa ou empresa de pequeno porte, não havendo a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do tributo no prazo regulamentar. Infração comprovada. **3.** 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. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada por preposto da ASTEC, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2011, refere-se à exigência de R\$108.843,00 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), no período de janeiro de 2006 a junho de 2007. Valor do débito: R\$38.353,54. Multa de 50%.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro a junho de 2007. Valor do débito: R\$5.324,13. Multa de 50%.

Infração 03: 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, nos exercícios de 2006, 2007 e 2008. Valor do débito: R\$65.165,33. Multa de 70%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 44 a 60. Inicialmente, alega que tendo sido o presente Auto de Infração lavrado em 31/03/2011, o imposto cobrado, cujo fato gerador tenha ocorrido até 31/03/2006, encontra-se atingido pela decadência, tornando extinto todo e qualquer possível crédito a favor da Fazenda Estadual. Transcreve o art. 150, § 4º do CTN e afirma que, se a modalidade de lançamento é por homologação, como é o caso do ICMS, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é a data de ocorrência do fato gerador, sendo que a partir daí, transcorridos 5 (cinco) anos, conforme dicção do art. 150, § 4º do CTN, considera-se definitivamente extinto o crédito tributário. Entende que, se persistir algum débito do autuado relativo ao pagamento de ICMS ao Fisco Estadual, desse débito deverá ser excluído todo imposto cujo fato gerador seja anterior a 11/03/2006 (cinco anos antes da lavratura do presente Auto). Neste sentido, cita a jurisprudência.

No mérito, quanto à infração 01, alega que a cobrança do valor de R\$ 38.353,54 é totalmente indevida, e que não reconhece sob qualquer hipótese ser devedor de tal valor. Quanto ao suposto débito de ICMS relativo ao ano de 2006, beneficiando-se de anistia concedida em setembro daquele ano pelo Governo do Estado da Bahia, que dispensou o pagamento de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais do ICMS, o autuado informa que realizou, em 31/10/2006, o pagamento de dívida de ICMS no valor total R\$ 28.816,60 código da receita: 1860; e de R\$ 507,57, código da receita: 6632, fato que poderá ser observado através dos comprovantes de pagamento e Certidão de Nada Consta, emitida pela Secretaria da Fazenda em 11.01.2008, anexados à impugnação.

Com relação ao ICMS relativo ao ano de 2007, o defendente afirma que não pode haver qualquer débito, tendo em vista que, conforme atesta a própria Auditora na descrição fática do Auto de Infração, a Empresa já havia solicitado encerramento das suas atividades em 20 de junho de 2006, assim como relacionou recolhimento de ICMS relativo ao primeiro semestre de 2007, conforme se verifica no Quadro 11 da Declaração de Movimento Econômico de Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte. Salienta que após essa data o autuado não podia mais realizar nenhuma operação de circulação de mercadoria, nem ser sujeito passivo do ICMS, por isso, entende que são nulos e inconsistentes todos os lançamentos realizados no Auto de Infração. Considerando a ocorrência do pagamento do ICMS do ano de 2006 e a inexistência do débito do ano de 2007, o autuado requer seja o processo administrativo julgado totalmente improcedente. Se não for entendido desta forma, requer seja o presente processo encaminhado em diligência à PROFIS para análise e pronunciamento quanto à matéria e aos elementos do processo.

Quanto à multa aplicada pela autuante na Infração 1, entende que também não pode prevalecer por ser indevida, reafirmando que já houve pagamento do ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), e que, para aplicação da sanção, foram também embutidos juros e multas exorbitantes com base no enquadramento dos arts. 384-A, inciso II e parágrafo 1º; art. 387-A; parágrafo único e incisos; art. 124, incisos I, alínea “c” do RICMS/97 e multa aplicada com base no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 3, da Lei 7.014/96. Também impugna tais dispositivos, alegando que, não sendo devido o principal não há que se falar em acessórios, requerendo a este CONSEF que desconsidere tais multas, evitando assim prejuízos de difícil reparação para o autuado.

Por outro lado, alega que, se por absurdo não for reconhecida a inexistência do débito fiscal apontado na Infração 1, há que se rejeitar, de qualquer forma, o Auto de Infração já que totalmente impreciso e contraditório. Visando a assegurar ao autuado o direito constitucional à ampla defesa, afirma o Auto de Infração deve ser claro e preciso; além de identificar o infrator, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, o Auto de Infração deve descrever a infração com clareza, o que não ocorreu no presente Auto. Diz que o Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, mas no quadro 11 da DME é dito que o ICMS foi recolhido e é apontada a data do pagamento. Cita como exemplo o ICMS cujo fato gerador se deu em 31/01/2006 tendo por vencimento a data de 09/02/2006, mas o imposto foi pago em 01/09/2006. Afirma que o Fisco cobra um imposto que segundo suas próprias

informações, já foi pago. Dessa forma, entende que além da incoerente cobrança de impostos que a própria Fazenda afirma já terem sido pagos, há também, nas informações do Fisco, incoerência e falta de lógica nas datas informadas, o que torna o Auto de Infração absolutamente nulo e imprestável. Requer seja reconhecida a nulidade da autuação, nos termos do art. 18 do RPAF, que transcreveu.

Quanto à Infração 2, o defendente alega que, analisando a legislação concernente à substituição/antecipação tributária, bem como os documentos e Notas Fiscais que acostou aos autos, este Conselho da Fazenda poderá concluir que a cobrança perpetrada pela autuante apresenta-se excessiva e aleatória. Diz que a autuante efetuou a cobrança da Antecipação Tributária baseando-se apenas nas Notas Fiscais de Entradas de Mercadorias constantes nos seus levantamentos, deixando de fazer o equilíbrio e verificação das Notas Fiscais de Saídas, o que a levou a não observar e apurar o “ressarcimento do ICMS substituído/antecipado”. Alega que tais valores não foram incorporados nas planilhas do Auto de Infração, pois, se fossem imputados os valores constantes nas Notas Fiscais de Saída, certamente haveria um equilíbrio fiscal na cobrança justa e devida do imposto. Também alega que, se tratando de aquisição de mercadoria de outro Estado, sujeita ao regime de Substituição Tributária, o autuado sempre efetuou os recolhimentos fiscais cabíveis, nos prazos previstos em lei, em estrita observância à legislação tributária aplicável à espécie. Afirma que nesses casos, o recolhimento do ICMS é feito por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE-ICMS, ainda no território do Estado de origem, isto é, pelo fornecedor da mercadoria. Que embora tais impostos relativos à aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados tenham sido devidamente pagos, a autuante não conseguiu comprovar a quitação porque a verificação foi feita consultando os DAEs no sistema SEFAZ. Como tais tributos foram recolhidos pelo fornecedor da mercadoria, via GNRE e não foram alocados no sistema SEFAZ, tal fato levou o Fisco a realizar cobrança indevida. Impugna a cobrança da Infração 02, assim como, o levantamento fiscal de Antecipação e/ou Substituição Tributária nas entradas, assim como Apuração da Proporcionalidade das Mercadorias Tributadas, alegando que estão inconsistentes. Alega, ainda, que a autuante deixou de observar as mercadorias não tributadas nas Notas Fiscais emitidas pelo autuado e lançadas no exercício fiscalizado. Sienta que “a empresa trabalha com mercadorias isentas de imposto, a exemplo de areia, arenoso, gravilhão, blocos, cimento e tinta, etc”, e que a autuante deixou de observar nas Notas Fiscais as mercadorias não tributáveis e elevou o valor do imposto. Afirma que os valores constantes nas planilhas apresentadas no Auto de Infração são equivocados e distorcidos, o que enseja a nulidade total do referido Auto, uma vez que a autuante deixou de fazer o equilíbrio e verificação das Notas Fiscais de Saídas concernentes à substituição/antecipação tributária. Não utilizou os elementos suficientes para determinar, com segurança, a Infração 2, o que o torna nulo de pleno direito o Auto de Infração.

Em relação à multa aplicada pela autuante, também alega que não pode prevalecer, não apenas por ser indevida, mas também por embutir juros e multas exorbitantes com base no enquadramento dos arts. 391-A; art. 371; art. 125, combinado com o artigo 61, do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/1997 e multa aplicada, conforme art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1 da Lei 7.014/1996. Afirma que, se tais multas não forem extirpadas por este CONSEF poderá trazer prejuízos de difícil reparação para o autuado, haja vista que não sendo devido o principal não há que se falar em acessório. Caso o CONSEF, não entenda de pronto pela nulidade do Auto de Infração, o autuado requer que o presente PAF seja convertido em diligência à GERSU, para que se faça uma análise e pronunciamento a respeito matéria e os elementos alegados pela autuante, neste item.

Quanto à Infração 3, o defendente alega que se trata de cobrança totalmente indevida, uma vez que a própria autuante relacionou na tabela relativa à Infração 01, constante do Auto de Infração Quadro 11 das páginas 1 e 2 da DME, que o autuado efetivou pagamento de ICMS antes do encerramento das suas atividades em 20/06/2007, inclusive dando baixa em seu CNPJ e na sua Inscrição Estadual. Assim, entende que está completamente equivocada qualquer cobrança de

tributo cujo fato gerador seja posterior a essa data. Alega que após o encerramento da atividade da empresa, o CNPJ é imediatamente bloqueado pela Administradora do Cartão de Crédito/Débito, impedindo a utilização da máquina e consequentemente a realização de vendas no cartão. Impugna a cobrança em comento por entender que é insubsistente, tornando o Auto nulo de pleno direito. Também alega que a autuante comparou grandezas heterogêneas, porque não fez confronto entre o valor das vendas por meio de Cartões de Crédito e todas as reduções extraídas dos ECF e das mercadorias não tributadas nas Notas Fiscais emitidas pelo autuado, limitando-se apenas a acolher informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Créditos, conforme se verifica nas informações constantes no rodapé dos Relatórios TEF. Entende que o levantamento fiscal é insubsistente e aleatório, que não houve, por parte da autuante a observância da decadência, relativamente ao período anterior a 31.06.2006, das mercadorias não tributáveis, além de não ter observado que no bojo existiam Notas Fiscais canceladas. Além disso, alega que a autuante lançou nos Relatórios de Informações 2006 e até junho de 2007 valores de ICMS pagos. Apesar da própria Fiscal reconhecer que o autuado já havia solicitado baixa, mesmo assim, realizou lançamentos de ICMS após o segundo semestre do exercício de 2007 e exercício de 2008. Em decorrência de todos esses equívocos, afirma que os valores das vendas encontradas pela autuante superam em muito o valor real das vendas efetivadas e contabilizadas pelo estabelecimento. Diz que a autuante utilizou-se na fiscalização apenas dos supostos valores de vendas prestados pelas Administradoras de Cartão de Crédito, ignorando os isentos de tributação efetivamente comprovados através da Redução Z por parte do autuado. No que tange às Notas Fiscais, sequer se deu ao trabalho de apontar as mercadorias não tributáveis, haja vista que a empresa trabalha com mercadorias isentas de imposto, a exemplo de areia, arenoso, gravilhão, blocos, cimento e tinta etc. Portanto, as leituras de Redução Z, e das mercadorias isentas de tributação, emitidas através das Notas Fiscais série Única, foram totalmente desconsideradas pela Auditora Fiscal, elevando, assim sobremaneira o valor do imposto, ficando, desta forma, mais uma vez impugnado o Auto de Infração em comento por ser exorbitante, inconsistente e aleatório. Pede a nulidade deste item do Auto de Infração e também contesta a multa aplicada, alegando que esta também não pode prevalecer, não apenas por ser indevida, mas também por embutir juros e multas exorbitantes com base no enquadramento dos arts. 2º e 3º, inciso VI; art. 50, inciso I; art. 124, incisos I, art. 218 do RICMS/97 e multa aplicada com base no art. 42, inciso III da Lei 7.014/1996, por isso resta mais uma vez impugnado o presente Auto. Pede a exclusão da referida multa. Se assim não for entendido pelos julgadores, requer seja o presente processo convertido em diligência à PROFIS para análise e pronunciamento quanto à matéria e aos elementos constantes nos autos.

Prosseguindo, o autuado volta a contestar as multas aplicadas, alegando que houve a aplicação de elevados percentuais de multa às diversas infrações, sendo indubitável que a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária também se submete às limitações constitucionais impostas à tributação. Afirma que multas em percentuais elevados como os que ora são impostos ao autuado têm manifesto caráter confiscatório, o que é expressamente vedado pelo art. 150, inc. IV da Constituição Federal, que transcreveu. Comenta sobre o princípio da vedação ao confisco, cita o entendimento da doutrina e a jurisprudência quanto a esta matéria e pede a improcedência do presente Auto de Infração. Requer seja reconhecida a decadência em relação aos fatos geradores anteriores a 31/03/2006, realização de diligência à ASTEC, PROFIS e GERSU. Requer ainda, provar o alegado por todos os meios de prova inscritos ou não defesos em lei.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 120 a 124 dos autos, dizendo que o autuado solicitou baixa em 20 de junho de 2006, e a fiscalização foi averiguar se realmente o autuado havia encerrado suas atividades, constatando que o mesmo continuou com suas atividades até janeiro de 2008, fato comprovado pelos relatórios das administradoras de cartão de crédito que atestam vendas através de suas máquinas até janeiro de 2008, conforme fls. 35 a 37, e cópias de parte das notas fiscais compradas, fls. 13 a 27, além da DME – Declaração do Movimento Econômico de 2007 declarada pelo autuado às fls. 8 a 10.

Quanto à infração 01, informa que após analisar criteriosamente o documento à fl. 108 dos autos, constatou no canto direito, campo para colocação do documento de origem, a existência do número 8000000835068, o qual se refere a Denúncia Espontânea - DD, fls 125 a 127, originada do processo administrativo fiscal de parcelamento - PAF 600000.6193/05-9 interrompido em 20/07/2006 e convertido em denúncia para obtenção do benefício através da anistia que, de acordo com demonstrativo de débito, anexo fl.125, no quadro ocorrência, os fatos geradores foram os meses de janeiro de 2002 a setembro de 2005, ou seja fatos geradores fora do período autuado. Quanto aos pagamentos que o defendente alega ter declarado na DME - Declaração do Movimento Econômico de 2006 e 2007, afirma que inexistem, considerando que as cópias dos documentos apresentados na defesa pelo autuado das folhas 110 a 113, nos valores totais de R\$2.019,53, R\$1.951,07, R\$2.072,41, R\$ 1.906,32, se referem aos processos PAF's 6000006193059 (parcelamento 10586059 interrompido), fl.128, convertido em denúncia espontânea nº 8000000835068, fl. 127 e os valores R\$454,62, R\$441,82, R\$426,10, R\$415,26 se referem aos processos PAF's 6000006194055 (parcelamento 10585052 interrompido), fls. 130 e 131, e convertido em denúncia espontânea - DD nº 800000834061, todos se referem a fatos geradores dos anos de 2002 a 2005, fls. 125 e 129, conforme documentos anexos. Informa que está evidenciado que as cópias anexadas pelo defendente dos documentos de arrecadação se referem à ocorrência dos fatos geradores do imposto de circulação de mercadorias anteriores ao período autuado, reforçando assim, a falta de pagamento dos impostos devidos nos anos de 2006, 2007 e 2008, comprovando que todos os lançamentos efetuados no Auto de Infração são consistentes e embasados em fatos e documentos.

Diz que a multa aplicada encontra-se de acordo com a infração fiscal, o fato foi descrito, ficando patente a real natureza do cometimento, inclusive em face dos demonstrativos anexados. O crédito tributário é indisponível e a autuante não tem a prerrogativa de aplicar a multa que entender adequada, e sim de propor a aplicação da pena prevista em lei.

Em relação ao argumento do autuado de que há necessidade de prova pericial, entende que os elementos probantes dos autos não deixam qualquer margem de dúvida quanto a existência da infração fiscal. Também não concorda com a alegação do autuado de que a infração foi descrita com obscuridade e imprecisão. Informa que o autuado declarou suas receitas e o valor do imposto nas datas demonstradas no quadro 11 da Declaração de Movimento Econômico, documento gerado e enviado ao Fisco pelo próprio autuado. A fiscalização, em cumprimento à legislação do ICMS aplicável ao autuado, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), verificou se efetivamente aquele imposto declarado foi recolhido, e constatou o não pagamento no prazo regulamentar, gerando assim a infração 01. Afirma que a imputação está claramente explicitada, na descrição dos fatos, e que em momento algum, foi afirmado pelo fisco que os impostos foram pagos.

A autuante contesta a preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, informando que Auto de Infração foi lavrado de acordo com o RICMS/97 (aprovado pelo Decreto nº 6.284/97), considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

Infração 02: Informa que no período fiscalizado, o autuado encontrava-se na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), efetuou aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, enquadradas no regime de substituição tributária, e de acordo com o RICMS/BA vigente à época, no seu artigo art. 391-A, deve ser recolhido o imposto por antecipação. Salienta que não há que se falar em compensação entre entradas e saídas, como alega o defendente, que falou sobre ressarcimento do ICMS substituído, porque se fosse comprovada a retenção ou o pagamento do imposto devido, não haveria imposto a recolher.

Quanto ao argumento do autuado de que foi recolhido imposto das referidas notas por Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, diz que o defendente não anexou documentos que comprovem estes recolhimentos. Afirma que a infração está caracterizada pelas

aquisições de mercadorias efetuadas com notas fiscais de entradas provenientes de fora do Estado, sujeitas antecipação ou substituição tributária, no caso em tela, conforme demonstrativos e cópias autenticadas das notas fiscais de aquisições anexadas ao auto, fls. 11 a 28, e não são mercadorias isentas. Diz que são repetitivas as alegações do autuado quanto ao pedido de nulidade e aplicação da multa. Quanto à solicitação de diligência à GERSU- Gerência de Substituição Tributária, afirma que é meramente protelatória, considerando que os produtos elencados nas notas fiscais objeto da autuação estão devidamente enquadrados no regime de substituição tributária.

Infração 03: Esclarece que a autuação foi embasada nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, que registram os pagamentos das vendas efetuadas pelo autuado nos exercícios de 2006, 2007 e 2008. Entende que o autuado tenta confundir os julgadores, afirmando que a autuante declarou o encerramento de suas atividades, quando informou que a empresa solicitou a baixa, mas em nenhum momento a autuante afirmou que houve o efetivo encerramento das atividades, mesmo porque o ICMS é um imposto que prescinde de homologação, por isso, cabe à autoridade fazendária efetuar os procedimentos para verificar a regularidade do pagamento do tributo, para posteriormente efetivar a baixa da inscrição estadual.

Em relação ao argumento do autuado de que o CNPJ é bloqueado quando devidamente baixado pela administradora de cartões de crédito, diz que não foi anexado nenhum documento que comprove a alegação, significando que a empresa continuou suas atividades.

Quanto ao argumento do autuado de que foram comparadas grandezas heterogêneas, e que não houve o confronto do valor das vendas por meio de cartões de crédito com todas as reduções extraídas do ECF e das mercadorias não tributadas nas notas fiscais emitidas pela empresa, entende que o autuado não analisou devidamente os demonstrativos anexos ao auto, tendo em vista que na Planilha Comparativa de Vendas por meio de cartão de Crédito/Débito, fl. 34, a base de cálculo é a diferença entre Vendas Apuradas (Vendas declaradas nas DME's) e as vendas informadas pela administradoras do cartões de Crédito/Débito aplicando-se o percentual da proporcionalidade das compras efetuadas tributadas, encontrando-se, efetivamente, a base de cálculo tributável para aplicação da alíquota devida, e, finalmente, o imposto a recolher, de acordo com o Demonstrativo das Entradas de janeiro a junho 2007, fls. 29 a 32 e Demonstrativo de Apuração da Proporcionalidade das Mercadorias Tributadas fl.33. Assegura que não há cobrança indevida. Diz que também neste item são repetidas as alegações, sobre nulidade e aplicação das multas, já contestadas na infração 01.

Quanto à solicitação de diligência à PROFIS e ASTEC, para que se faça análise do critério da proporcionalidade com base na redução Z e cópias das notas fiscais, diz que não procede, porque foi utilizado o critério da proporcionalidade entre as aquisições totais e as aquisições tributadas, conforme o Demonstrativo das Entradas de janeiro a junho 2007, fls. 29 a 32 e Demonstrativo de Apuração da Proporcionalidade das Mercadorias Tributadas fl.33. Em relação à solicitação de diligência a GERSU, para análise e pronunciamento, tendo por base os documentos apresentados, cópias notas fiscais e redução Z, diz que se verifica na relação dos anexos apresentados pelo defendente à fl. 61, que não foram anexadas as cópias dos referidos documentos, portanto inócuo o pedido.

Informa que, analisando criteriosamente o Demonstrativo das Entradas de janeiro a junho 2007, fls. 29 a 32, e o Demonstrativo de Apuração da Proporcionalidade das Mercadorias Tributadas fl. 33, constatou que foi aplicado o critério correto, embasado nas mercadorias adquiridas, tornando sem necessidade as diligências requeridas. Finaliza afirmando que mantém a autuação.

À fl. 136 esta JJF encaminhou o presente processo em diligência à ASTEC, solicitando que fosse intimado o autuado a apresentar levantamento de todas as entradas ou saídas dos exercícios de 2006, 2007 e 2008, segregando os valores relativos às operações com tributação normal, isentas e sujeitas à substituição tributária, totalizando os valores anualmente. Sendo apresentado o referido demonstrativo, que fosse confrontado com os respectivos documentos fiscais e calculasse a

proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, de cada exercício. Que fosse aplicado o percentual referente às operações com tributação normal sobre o valor das omissões apuradas à fl. 34, apurando o montante do ICMS devido, concedendo o crédito presumido de 8%.

Após as providências do item anterior, que a Inspeção Fazendária intimasse o autuado e lhe fornecesse cópia dos novos elementos que fossem acostados aos autos, concedendo o prazo de dez dias para sobre eles se manifestar, querendo.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 80/2012 (fls. 139/140), o autuado foi intimado em 19/06/2012, a apresentar demonstrativos e demais documentos fiscais que comprovassem as saídas de mercadorias com tributação normal, isentas e sujeitas a substituição tributária, sendo prorrogado o prazo para o dia 23/07/2012. A Auditora Fiscal da ASTEC informou que foram apresentados os demonstrativos e documentos fiscais, entretanto, após o confronto dos documentos com os referidos demonstrativos foram constatados erros nos dados demonstrados, sendo devolvidos para a necessária correção. No dia 30/07/2012 foram apresentados os demonstrativos de fls. 174/210 e documentos fiscais. Com base nos valores das saídas das mercadorias tributadas, isentas e sujeitas à substituição tributária, foram apuradas as proporcionalidades em relação aos exercícios de 2006, 2007 e 2008. Com base nos valores apurados pela autuante à fl. 34, foi aplicada a proporcionalidade e concedido o crédito presumido, sendo apurados novos valores do ICMS devido, conforme demonstrativos à fl. 140, totalizando na infração 03 o débito de R\$42.306,31.

Intimado do PARECER ASTEC Nº 80/2012 (fls. 139/140), o defendente se manifestou às fls. 220/221, alegando que não poderá prevalecer o mencionado Parecer porque o demonstrativo de débito da infração 03 encontra-se inconsistente, tendo em vista que as atividades da empresa foram encerradas desde 20/06/2007. Afirma que não efetuou venda a partir da data de encerramento e não teria como ter fato gerador do ICMS em relação à data posterior à baixa, ficando impugnado o demonstrativo à fl. 140. Quanto ao exercício de 2006 e primeiro semestre de 2007, o defendente afirma que foi realizado parcelamento do ICMS, sendo o débito pago sob os códigos de receita 1852, 2175, 2183, 6632, conforme DAEs acostados às fls. 155/167, bem como realizou um pagamento no valor de R\$28.816,60, código de receita 1860, referente à anistia, conforme fl. 167. Salienta que foi expedida Certidão de Nada Consta pela Secretaria da Fazenda em 11/01/2008, fl. 153. Requer a nulidade do Auto de Infração, em virtude de a empresa ter encerrado suas atividades em 26/06/2007, além de ter realizado parcelamento de débito relativo a exercícios anteriores à época da anistia. Entende que não foram observados na diligência os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração 03. Também alega que não foi efetuado o equilíbrio e compensação dos valores pagos através de parcelamento e pagamento efetuado. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

À fl. 232 a autuante também tomou conhecimento do PARECER ASTEC Nº 80/2012 (fls. 139/140) e não apresentou qualquer contestação.

VOTO

Inicialmente, o autuado apresentou preliminar de decadência, alegando que deverá ser excluído todo imposto cujo fato gerador seja anterior a 11/03/2006, cinco anos antes da lavratura do presente Auto de Infração.

Analisando a referida preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente fatos ocorridos no exercício de 2006, sendo alegado pelo defendente que o fisco não exerceu de forma tempestiva o seu direito de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores anteriores a 11/03/2006, fundamentando a sua alegação no art. 150 do CTN, apresentando o entendimento de que, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial começa da data do fato gerador.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2006 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2011. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2011, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista 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 defendente apresentou o entendimento de que a autuante não utilizou elementos suficientes para determinar com segurança as infrações, tornando o Auto de Infração nulo de pleno direito. Tal alegação implica análise dos demonstrativos elaborados pela autuante, o que será realizado quando da apreciação do mérito da autuação.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado requereu a realização de diligências à GERSU e PROFIS e perícias, para análise e pronunciamento quanto à matéria e aos elementos do processo.

Observo que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, e a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal à GERSU e PROFIS, além de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

Em relação à intervenção da PROFIS, solicitada pelo autuado, entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não se encontram as situações elencadas no art. 118 do RPAF/99 para solicitação de parecer e não foi constatada a necessidade do encaminhamento à GERSU para análise quanto às mercadorias enquadradas na substituição tributária, objeto da autuação fiscal.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), no período de janeiro de 2006 a junho de 2007, constando na descrição dos fatos que o imposto lançado no presente Auto de Infração está conforme os valores constantes no quadro 11 das DMEs de 2006 e 2007, cópias anexas.

Em sua impugnação, o autuado alegou que o débito de ICMS relativo ao ano de 2006, beneficiando-se de anistia concedida em setembro daquele ano pelo Governo do Estado da Bahia, que dispensou o pagamento de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais do ICMS, realizou, em 31/10/2006, o pagamento de dívida de ICMS no valor total R\$ 28.816,60 código da receita: 1860; e de R\$ 507,57, código da receita: 6632.

Quanto ao exercício de 2007, o defendente afirma que não pode haver qualquer débito, tendo em vista que, conforme atesta a própria Auditora na descrição fática do Auto de Infração, a empresa já havia solicitado encerramento das suas atividades em 20 de junho de 2006, assim como relacionou recolhimento de ICMS relativo ao primeiro semestre de 2007, conforme se verifica no Quadro 11 da Declaração de Movimento Econômico de Micro Empresa e Empresa de Pequeno Porte.

Na informação fiscal, a autuante analisou os dados constantes nos processos de parcelamento alegados pelo autuado, esclarecendo os questionamentos apresentados nas razões de defesa. Assim, foi informado pela autuante que o documento à fl. 108 dos autos, consta no canto direito, campo para colocação do documento de origem, a existência do número 8000000835068, o qual se refere a Denúncia Espontânea - DD, fls 125 a 127, originada do processo administrativo fiscal de parcelamento - PAF 600000.6193/05-9 interrompido em 20/07/2006 e convertido em denúncia para obtenção do benefício através da anistia, que de acordo com demonstrativo de débito, anexo fl.125, no quadro ocorrência, os fatos geradores foram os meses de janeiro de 2002 a setembro de 2005, ou seja fatos geradores fora do período autuado. Quanto aos pagamentos que o defendente alega ter declarado na DME - Declaração do Movimento Econômico de 2006 e 2007, afirma que inexistem, considerando que as cópias dos documentos apresentados na defesa pelo autuado das folhas 110 a 113, nos valores totais de R\$2.019,53, R\$1.951,07, R\$2.072,41, R\$ 1.906,32, se referem aos processos PAF's 6000006193059 (parcelamento 10586059 interrompido), fl.128, convertido em denúncia espontânea nº 8000000835068, fl. 127 e os valores R\$454,62, R\$441,82, R\$426,10, R\$415,26 se referem aos processos PAF's 6000006194055 (parcelamento 10585052 interrompido), fls. 130 e 131, e

convertido em denúncia espontânea - DD nº 800000834061, todos se referem a fatos geradores dos anos de 2002 a 2005, fls. 125 e 129.

Concordo com a autuante, haja vista que os elementos constantes nos autos, apontados na informação fiscal, confirmam a existência de parcelamento de débitos anteriores ao período fiscalizado e, neste caso, não foram comprovados os pagamentos alegados pelo defendente.

O autuado também alegou que o Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, mas no quadro 11 da DME é dito que o ICMS foi recolhido e é apontada a data do pagamento. Cita como exemplo o ICMS cujo fato gerador se deu em 31/01/2006 tendo por vencimento a data de 09/02/2006, mas o imposto foi pago em 01/09/2006.

A DME é a Declaração de Movimento Econômico prestada pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Nesta declaração, vigente à época dos fatos, o contribuinte informava os valores das entradas e saídas de mercadorias, o estoque, os valores recolhidos, número de empregados e os saldos constantes no caixa. Portanto, se trata de uma declaração prestada pelo contribuinte, não servindo de prova quanto aos recolhimentos realizados. Aliás, embora o autuado tenha declarado que recolheu os valores por ele indicados no campo 11 da mencionada declaração (DME), não constam nos controles desta SEFAZ os alegados recolhimentos.

A autuação fiscal foi motivada, exatamente, porque a autuante foi apurar se efetivamente aquele imposto declarado pelo contribuinte foi recolhido, e constatou o não pagamento no prazo regulamentar, gerando, assim a infração 01. Por isso, foi explicitada na descrição dos fatos a irregularidade apurada e exigido o imposto pelo não recolhimento dos valores declarados pelo próprio contribuinte, ou seja, o lançamento foi efetuado neste item com base nos valores declarados pelo contribuinte na DME, sem a correspondente comprovação de pagamento do imposto. Mantida a exigência fiscal.

A infração 02 refere-se à exigência de ICMS, tendo em vista que foi constatada a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária.

O autuado alegou que a autuante efetuou a cobrança da Antecipação Tributária baseando-se apenas nas Notas Fiscais de Entradas de Mercadorias constantes nos seus levantamentos, deixando de fazer o equilíbrio e verificação das Notas Fiscais de Saídas, o que a levou a não observar e apurar o “ressarcimento do ICMS substituído/antecipado”.

Trata-se de aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme demonstrativo elaborado pela autuante às fls. 11/12, estando previsto no art. 391-A, vigente à época dos fatos, que em relação aos recebimentos, por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária procedentes de outras unidades da Federação, não tendo havido retenção do imposto pelo remetente ou tendo a retenção sido feita a menos deveria ser feita a antecipação do pagamento do imposto, na entrada da mercadoria neste Estado, exceto quando o contribuinte fosse credenciado a recolher até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada das mercadorias.

O defendente também alegou que, se tratando de aquisição de mercadoria de outro Estado, sujeita ao regime de Substituição Tributária, sempre foram efetuados os recolhimentos fiscais cabíveis, nos prazos previstos em lei, em estrita observância à legislação tributária aplicável à espécie. Afirma que nesses casos, o recolhimento do ICMS é feito por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE-ICMS, ainda no território do Estado de origem, isto é, pelo fornecedor da mercadoria. Que embora tais impostos relativos à aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados tenham sido devidamente pagos, a autuante não conseguiu comprovar a quitação porque a verificação foi feita consultando os DAEs no sistema SEFAZ.

Como tais tributos foram recolhidos pelo fornecedor da mercadoria, via GNRE e não foram alocados no sistema SEFAZ, tal fato levou o Fisco a realizar cobrança indevida.

Quanto a esta alegação, constato nas notas fiscais de aquisição das mercadorias que não houve qualquer destaque do imposto relativo à substituição tributária, e o autuado não trouxe aos autos nenhum documento para comprovar o recolhimento do tributo por meio de GNRE, como alegou.

Na informação fiscal, a autuante esclareceu que o defendente não anexou documentos que comprovem os recolhimentos alegados e que se trata de aquisições de mercadorias efetuadas por meio de notas fiscais de entradas provenientes de fora do Estado, sujeitas antecipação ou substituição tributária, conforme demonstrativos e cópias autenticadas das notas fiscais de aquisições anexadas ao auto as folhas 11 a 28.

Concluo pela procedência deste item da autuação fiscal, de acordo com os demonstrativos elaborados pela autuante haja vista que a legislação prevê que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por microempresa ou empresa de pequeno porte, não havendo a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do tributo no prazo regulamentar.

Infração 03: 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, nos exercícios de 2006, 2007 e 2008.

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 § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, haja vista que 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.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que deveria ser elidido pelo sujeito passivo, exibindo provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo cópia do Relatório Diário 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 autuado alegou que de acordo com o quadro 11 das páginas 1 e 2 da DME, houve pagamento de ICMS antes do encerramento das suas atividades em 20/06/2007, inclusive dando baixa em seu CNPJ e na sua Inscrição Estadual. Que após o encerramento da atividade da empresa, o CNPJ é imediatamente bloqueado pela Administradora do Cartão de Crédito/Débito, impedindo a utilização da máquina e, conseqüentemente, a realização de vendas a cartão.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que a autuação foi embasada nas informações fornecidas pelas administradoras de cartões de crédito, que registram os pagamentos das vendas efetuadas pelo autuado nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, conforme Relatórios TEF acostados aos autos, salientando-se que o autuado recebeu arquivos magnéticos contendo os relatórios TEF diário por operações, relativos aos exercícios de 2006, 2007 e 2008, conforme recibo de recepção de arquivos eletrônicos à fl. 41 do presente PAF, e tais arquivos permitiram uma análise completa pelo defendente em relação às operações realizadas com cartão de crédito ou de débito, informadas pelas administradoras de cartões.

O defendente também alegou que a autuante comparou grandezas heterogêneas, porque não fez confronto entre o valor das vendas por meio de Cartões de Crédito e todas as reduções extraídas dos ECF e das mercadorias não tributadas nas Notas Fiscais emitidas pelo autuado, limitando-se apenas a acolher informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões de Créditos.

Observo que o presente PAF foi encaminhado por esta Junta de Julgamento Fiscal em diligência à ASTEC, solicitando que fosse intimado o defendente a apresentar demonstrativo dos boletos

emitidos pelas vendas realizadas com cartão de débito/crédito e os respectivos documentos fiscais, que comprovasse a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007,

Foi efetuada diligência fiscal por preposto da ASTEC, sendo informado no PARECER ASTEC Nº 80/2012 (fls. 139/140) que o autuado foi intimado em 19/06/2012, a apresentar demonstrativos e demais documentos fiscais que comprovassem as saídas de mercadorias com tributação normal, isentas e sujeitas a substituição tributária, sendo apresentados os demonstrativos de fls. 174/210 e documentos fiscais. Com base nos valores das saídas das mercadorias tributadas, isentas e sujeitas à substituição tributária, foram apuradas as proporcionalidades em relação aos exercícios de 2006, 2007 e 2008. Utilizando os valores apurados pela autuante à fl. 34, foi aplicada a proporcionalidade e concedido o crédito presumido, sendo apurados novos valores do ICMS devido, conforme demonstrativos à fl. 140, totalizando na infração 03 o débito de R\$42.306,31.

Constatou que em relação às cobranças do imposto referentes aos exercícios de 2007 e 2008, com data de ocorrência em 31/12 de cada exercício, não deveria ser aplicada a redução do crédito presumido de 8%, haja vista que a legislação do SIMBAHIA que previa tal dedução teve vigência até 30/06/2007. Entretanto, considerando que o julgamento do PAF não deve haver majoração do imposto com agravamento da imputação, mantenho os valores originalmente exigidos nos mencionados exercícios.

Vale salientar, que intimado quanto ao PARECER ASTEC 80/2012, o defendente repetiu os argumentos defensivos apresentados quando da impugnação inicial e alegou que não poderá prevalecer o mencionado Parecer porque o demonstrativo de débito da infração 03 encontra-se inconsistente, tendo em vista que as atividades da empresa foram encerradas desde 20/06/2007. Afirma que não efetuou venda a partir da data de encerramento e não teria como ter fato gerador do ICMS em relação à data posterior à baixa, ficando impugnado o demonstrativo à fl. 140. Entretanto, o relatório TEF fornecido pelas administradoras de cartão de crédito e de débito identifica a realização de transações efetuadas com os mencionados cartões, sendo devido o ICMS correspondente a tais operações, independentemente de o autuado ter alegado baixa em seu CNPJ.

Concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, de acordo com os novos demonstrativos elaborados pela ASTEC à fl.140 do PAF, quanto ao exercício de 2006, no valor de R\$13.295,38, mantendo-se o débito originalmente apurado em relação aos exercícios de 2007 e 2008. O valor total desta infração fica reduzido para R\$55.125,92

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

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 **298057.0001/11-7**, lavrado contra **LEμος MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$98.803,59**, acrescido das multas de 50% sobre R\$43.677,67 e 70% sobre R\$55.125,92, previstas no art. 42, inciso I, alínea “b”, itens 1 e 3, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA