

A. I. Nº - 299130.0073/12-9
AUTUADO - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBike)
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS E JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 25.04.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0081-04/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O imposto foi apurado corretamente pelo regime Normal com dedução do imposto recolhido em inadequada condição. Infração comprovada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Vendas realizadas por meio de documentos não fiscais sem a emissão do correspondente e competente documento fiscal. Negado o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/09/2012 exige ICMS no valor de R\$ 66.284,96, em razão das seguintes irregularidades:

- 1) Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 11.924,61 e multa de 50%.
- 2) Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. ICMS no valor de R\$ 54.360,35 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls.411 a 422, e *ab initio*, salienta que é uma pequena empresa que possui como atividade econômica o comércio atacadista de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos, e que sempre diligenciou para cumprir com as suas obrigações tributárias.

Em preliminar argumenta que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido, o que cerceia o seu direito de defesa, pelo que pede a nulidade da autuação, com base no art. 18 do RPAF/99. Aponta que tal desiderato foi alcançado nos julgamentos dos Acórdãos CJF nºs 033/12/05 e 0041-12/05.

Afirma ainda que em que pese o zelo da conduta do fiscal, este enquadró o contribuinte ao art. 116 e incisos e art. 124, I do RICMS/BA, sem citar qual fora o artigo de lei que efetivamente fora infringido, logo o fez de modo genérico e abstrato, de modo a dificultar o conhecimento da infração. Reclama da insegurança e incerteza do lançamento, o que leva à sua nulidade.

Afirma que o fato ocorrido não está em perfeita sintonia com a hipótese de incidência, houve o erro de direito, vez que o fato descrito pelo fiscal não está em perfeita harmonia com a norma jurídica. Questiona qual foi a infringência à legislação, se o recolhimento a menor do imposto normal, (conforme descrito na infração), ou o imposto foi recolhido fora do prazo previsto na norma estadual (conforme enquadramento legal).

No mérito, assevera que a exigência de ofício do ICMS sob o regime normal de apuração foi concretizado através das informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização. Portanto, além de deixar falhas, não corresponde com a realidade dos fatos, sendo inadequada e impróprio para consubstanciar a base de cálculo utilizada para calcular o tributo lançado. Houve o confronto entre o cupom do ECF (fluxo de caixa compras pagas com vendas efetivas) e essas informações. Todavia, essas informações retiradas do computador não

correspondem com o fluxo real de vendas realizadas pelo contribuinte. O computador não era utilizado apenas como banco de dados para Notas Fiscais, sendo meio inadequado para o levantamento de venda da empresa. Neste maquinário havia orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes que, posteriormente não vinha a se concretizar, ou seja, a venda não era efetivada. Na verdade, são pseudo-orçamentos, além de comportarem documentos de controle interno da empresa, os quais não detêm qualquer relação com as Notas Fiscais de Vendas. Aduz que a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta através de auditoria de caixa.

Registra que o procedimento utilizado pela Fazenda para cobrar o ICMS em consonância com o regime normal de apuração, implica, necessariamente, em calcular ICMS sobre uma base correspondente a circulação de mercadorias, logo o método utilizado não encontra amparo na legislação estadual vigente. Ademais, deve haver uma correlação lógica entre a base de cálculo à hipótese de incidência do tributo. Traz lições doutrinárias sobre a base de cálculo do imposto, e sustenta a necessidade de apurar o tributo sob uma base composta pelas vendas realizadas pelo contribuinte, levantadas através de uma auditoria de estoque.

Invoca a seu favor a aplicação do princípio da não cumulatividade, haja vista que no período em que realizou as suas operações com incidência do ICMS enquadrado no regime do SimBahia, o mesmo não gerou os créditos advindos de suas aquisições de mercadorias, conforme determina a LC 123/07, nos arts. 23 e 24. Necessário, portanto que ao ser desenquadrado daquele regime, os créditos sejam concedidos. Pede a realização de diligência, para que em loco sejam apurados os valores relativos aos créditos de ICMS.

Impugna a cobrança da multa por ter caráter confiscatório, com percentual absurdamente elevado para a realidade atual do país. Cita a ADI 551/RJ, e lembra as lições do Prof. Rui Barbosa Nogueira.

A final requer sejam acolhidas as nulidades, realizada a diligência por fiscal estranho ao feito, e a apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive testemunhal, juntada de documentos e a improcedência do lançamento fiscal.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 431 a 434, e quanto à alegação de que não teria recebido os demonstrativos, relatam que compareceram nos estabelecimentos do contribuinte em horário comercial, os encontrou fechados. Em virtude de tal fato, o contribuinte foi intimado a comparecer na repartição fiscal, via AR enviados para os estabelecimentos cadastrados na SEFAZ, além de intimação por Edital, (fls 10 a 12), publicado no D.O do Estado. Apesar de regularmente intimado o impugnante não atendeu às intimações, suspendeu o recolhimento do ICMS a partir de novembro de 2012, tendo inclusive fechado todos os estabelecimentos, o que deu ensejo à elaboração de FLC e declaração de Inaptidão do mesmo em 10/08/2012. No campo relativo à assinatura do autuado, inseriu a expressão “*contribuinte não localizado para a assinatura do Auto*”, conforme rotina da inspetoria para tais casos.

Após a lavratura e registro do auto no sistema da SEFAZ, o órgão responsável enviou os mesmos para os endereços dos estabelecimentos do contribuinte, via A.R, conforme comprovante em anexo. (fls. 408). Refuta a arguição de cerceamento de defesa, como uma clara e mal sucedida tentativa de procrastinar o andamento do processo e eximir-se de pagar os débitos regularmente apurados. Destaca que em nenhum momento o contribuinte, mesmo intimado, compareceu à inspetoria fiscal para tomar conhecimento dos atos praticados.

Informa que o enquadramento legal foi efetuado segundo codificação das infrações contidas no SEAI (Sistema de Emissão de Autos de Infração), sendo legítima a ação fiscal que atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, e efetuado conforme o disposto nos arts. 38, 39 e 41 do RPAF/99. Aduz que não existem falhas que inquinem o auto de infração de nulidade, e nesse sentido já se posicionou a 4ª JfF do CONSEF no Acórdão JfF nº 0293-04/11, de 03/11/2011.

Reafirma que a ação fiscal decorreu de apuração de denúncia pela Secretaria da Fazenda, que resultou em Mandado de Busca e Apreensão deferido pela Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador. (fls. 43 a 45). Observa que o autuado repete argumentos de autuações anteriores, sem impugnar objetivamente os valores da autuação, sem juntar aos autos nenhuma planilha ou memória de cálculo.

Na ação fiscal que examinou os exercícios de 2008 e 2009, da qual resultou o auto de infração em epígrafe, ocorreram dois fatos: primeiro o contribuinte não foi localizado no endereço registrado no INC e, de acordo com informações colhidas no local, deixou de funcionar. Em segundo, os documentos apreendidos nos estabelecimentos permitiram efetuar cruzamento de dados, levantamento de informações e provas, baseadas nestes documentos, a fim de determinar os valores a serem autuados.

Destaca que no campo do Auto de Infração, relativo à descrição dos fatos consta os procedimentos adotados: *“A cada venda realizada por ela, a pessoa responsável emitia um documento denominado Notas de Vendas (VN), onde consta, dentre outras informações, o clientes (nome e/ou razão social, endereço, inscrição social, telefone, etc), as mercadorias adquiridas (código, descrição, quantidade, preço unitário e total, e o valor da VN). Cada VN recebia uma numeração sequencial e cada uma, em regra, deveria corresponder a uma nota fiscal, com os mesmos dados cadastrados na VN. Depois da emissão da nota de venda, o cliente efetuava o pagamento através de boleto bancário, cheque (à vista ou a prazo), dinheiro, cartão de crédito ou de débito, e recebia a mercadoria.”*

Juntaram uma amostra das Notas de Vendas (VN) emitidas em 2008 e 2009, nas suas lojas matriz e filial, documentos que demonstram as rotinas e os procedimentos adotados pelo autuado, em suas duas lojas, com o intuito de fraudar o fisco estadual.

Nesta fiscalização o contribuinte não foi localizado no endereço registrado no INC e, segundo informações colhidas no local, deixou de funcionar. Sendo assim emitiu a FLC para inaptidão do contribuinte, passando as intimações a serem enviadas através de AR, inclusive para o proprietário, e publicação do Edital de número 032/2012 do DOE, objetivando obter os elementos necessários ao desenvolvimento da fiscalização. Contudo, até então, nada foi apresentado, embora o AR enviado para o proprietário tenha retornado com assinatura de recebimento por determinada pessoa.

Quanto ao argumento de que não foram concedidos os créditos advindos das operações realizadas pela empresa autuada, informam que todos os créditos relativos ao ICMS recolhidos pelo contribuinte, sejam destacados nas notas fiscais, sejam decorrentes do pagamento de antecipação (quando houve), foram devidamente levantados e considerados mediante remontagem do conta corrente em cada exercício, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 21 a 24.

Abstêm-se de comentar a impugnação da multa por caráter confiscatório. A final opinam pela Procedência do lançamento.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor. Ademais, os créditos fiscais foram considerados pelo autuante, conforme demonstrado na planilha de fls. 21 a 24 do PAF.

Constato que o auto de infração em sua lavratura obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99, encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, posto que revestido das devidas formalidades processuais, estando definidos pelo autuado, o montante do débito apurado e a imputação, inclusive não estando incurso, este Processo Administrativo Fiscal, nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Deste modo, o presente lançamento tributário encontra-se constituído de forma legítima, pois, o procedimento fiscal atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material e foi efetuado conforme o disposto nos art. 38, 39 e 41 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. O Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição específica dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O PAF se desenvolve dentro do devido processo legal obedecendo ao princípio da ampla defesa e do contraditório. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que iniquem o procedimento fiscal de nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal.

Verifico que no corpo do Auto de Infração constam as seguintes informações:

Trata-se de Auto de Infração de estabelecimento matriz de contribuinte que tem como atividade econômica o comércio atacadista de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos.

Em decorrência dos fatos apurados no Relatório de Investigação Fiscal nº 012/2008, no Boletim INFIP de 21/08/2009, respaldados pelo mandado de Busca e Apreensão expedido pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, a SEFAZ, em operação conjunta com a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia apreendeu no estabelecimento deste contribuinte e da sua matriz as notas fiscais de entradas e saídas do período de janeiro de 2005 a junho de 2009, fechamento de Caixa (juntamente com as Notas de Vendas (VNs) de janeiro de 2008 a julho de 2009, VNs do período de 2005 a junho de 2009 e boletos bancários do ano de 2008 e janeiro a junho de 2009. A empresa forneceu seus livros fiscais de entradas e saídas de 2005 a 2009 e DAEs.

Registram que, mesmo sendo intimado, o contribuinte não apresentou os livros RAICMS, Razão e Diário, e Registro de Inventário.

A cada venda realizada, a pessoa responsável emitia um documento denominado Notas de Vendas (VN), onde consta dentre outras informações, o cliente (nome e/ou razão social, endereço, inscrição social, telefone, etc.); as mercadorias adquiridas (código, descrição, quantidade, preço unitário e total, e o valor total da VN). Cada VN recebia uma numeração seqüencial e cada uma, em regra, deveria corresponder a uma nota fiscal, com os mesmos dados cadastrados na VN. Depois da emissão da nota de venda, o cliente efetuava o pagamento através de boleto bancário, cheque (à vista ou a prazo), dinheiro, cartão de crédito ou de débito e recebia a mercadoria.

Juntam ao presente Auto de Infração uma amostra das Notas de Vendas (VN) emitidas pelo contribuinte nas suas lojas matriz e filial, as quais demonstram o intuito de fraudar o fisco estadual e se beneficiar da sonegação de impostos.

Além disso, a INFIP apreendeu arquivos magnéticos em computadores do contribuinte, entre eles os seguintes, em acess: "Tabcaixa", "TabMovihistorico", "TabVenda", "TabEstoque", e "TabVendasDetalhadas". Esses arquivos foram enviados para a Infaz Atacado e posteriormente autenticados pela Secretaria de Segurança Pública, conforme Processo SIPRO 717634/2010-1, anexo.

Nesta fiscalização, o contribuinte não foi localizado no endereço registrado no INC e, segundo informações colhidas no local, deixou de funcionar. Foi emitida FLC para inaptidão do contribuinte, e as intimações foram enviadas por AR, inclusive para o proprietário, e publicação do Edital de número 032/2012 no DOE, cuja cópia encontra-se na fl. 11, com o objetivo de obter os elementos necessários ao desenvolvimento da fiscalização. A AR enviada para o proprietário retornou com assinatura de recebimento por determinado pessoa.

Na infração 1, está apontada a falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Em decorrência das irregularidades apontadas, o contribuinte e sua matriz foram excluídos do Simples Nacional, conforme Edital de Notificação de nº 04/2011, publicado no DOE de 18/05/2011, surtindo os efeitos a partir de

01/07/2007. Por conta disso foi apurado o ICMS considerando as entradas e saídas registradas nos livros fiscais, através de elaboração da conta corrente, resultando nesta infração, conforme demonstrativos, cópia dos livros de entradas e saídas e de notas fiscais anexadas a este auto de infração.

Contudo, o período objeto dessa infração corresponde a janeiro de 2008 a julho de 2009, período em que estava a empresa na condição de contribuinte sob o regime normal de apuração do ICMS, haja vista a sua exclusão do SIMPLES NACIONAL, com efeitos retroativos, conforme o Edital adrede mencionado.

O demonstrativo de Apuração do imposto devido através da conta corrente fiscal, do exercício de 2008, está nas fls. 21/22, e do exercício de 2009, nas fls. 23 a 24 do PAF.

Observo que na defesa apresentada o autuado não objetou os valores autuados, nem seus dados, limitando-se a questionar a validade do lançamento posto que, segundo sua ótica, o enquadramento da infração foi genérico e não identifica a ocorrência a ponto de permitir a sua defesa.

Verifico que o enquadramento legal foi efetuado pela SEFAZ, por meio das infrações contidas no SEAI (Sistema de Emissão de Autos de Infração), e encontra-se claro, e amparado nos demonstrativos que fazem parte integrante do Auto de Infração. (fls. Já citadas).

Ademais, o Regulamento Administrativo Fiscal, Decreto nº 7.629/99, declara no **Art. 19**: *“A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”*

Outrossim, verifico que foram concedidos os créditos advindos das operações realizadas pela empresa autuada, e coaduno com a informação prestada pelos autuantes de que todos os créditos relativos ao ICMS recolhidos pelo contribuinte, sejam destacados nas notas fiscais, sejam decorrentes do pagamento de antecipação (quando houve), foram devidamente levantados e considerados, mediante remontagem do conta corrente em cada exercício, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 21 a 24.

Deste modo, voto pela procedência da infração.

Na infração 2, a acusação versa que o contribuinte recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

O contribuinte efetuou vendas através das VNs, porém não emitiu as notas fiscais correspondentes. Isto foi apurado através dos arquivos magnéticos apreendidos pela INFIP e autenticados pela SSP BA, relativos ao período de janeiro a junho de 2008, bem como comparando seu livro registro de saídas de mercadorias com as VNs emitidas entre julho de 2008 a julho de 2009. Vale salientar que, em resposta à intimação anterior, procedida pelos mesmos auditores fiscais, em 16/12/2009, a empresa autuada declarou que as notas fiscais correspondentes às notas de vendas dos exercícios de janeiro de 2006 a junho de 2008, cujas notas fiscais não foram localizadas na apreensão, foram extraviadas.(doc.fl.17). Este fato, segundo o autuante, comprova que as transações comerciais foram concluídas.

Nesta infração, resultante da ação fiscal que decorreu de apuração de denúncia pela Secretaria da Fazenda, que culminou com o Mandado de Busca e Apreensão deferido pela Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, dois fatos restaram patenteados na ação fiscal: primeiro o contribuinte não foi localizado no endereço registrado na SEFAZ; segundo os documentos apreendidos nos estabelecimentos do contribuinte permitiram que os autuantes efetuassem cruzamentos de dados, levantamentos de informações e provas, para determinar os valores de ICMS a serem exigidos.

Foram juntados aos autos uma amostra das Notas de Vendas (VN), (fls. 293 a 400), documentos que demonstram a realização de vendas sem a emissão dos competentes documentos fiscais, e

consequentemente sem o oferecimento à tributação as saídas de mercadorias do estabelecimento matriz, qual seja o autuado.

Observo que nesses documentos, constam os dados do cliente e a perfeita identificação das mercadorias comercializadas, além de que, no rodapé de cada VN, estão discriminadas as condições de pagamento, se a prazo, à vista, e por que meio de pagamento (dinheiro), além do nome do vendedor responsável.

Outrossim, as planilhas de “Nota de Venda sem Nota Fiscal”, encontra-se nas fls. 46, e a analítica com os dados dos clientes, nas fls. 47 a 116 (exercício de 2008), e de fl. 117, com a analítica de fls. 118 a 181 do PAF (exercício de 2009).

Destaco a legitimidade da ação fiscal, que teve seu início no Boletim de Análise e Informação Fiscal, fls. 40 a 42, que recomendou a fiscalização efetiva nas empresas Ailton Araujo dos Santos, matriz e filial, bem como nas empresas Salvador Bicletas Ltda, e na Radical Motobike Comércio de Peças Ltda. Assim, amparada no Mandado de Busca e Apreensão, fls. 43 a 45, de bens e documentos, equipamentos eletrônicos que armazenam dados, instrumentos de crime, dentre outros, nos locais relacionados relativos às empresas: Carlos Marcos Belém de Oliveira ME; Campinas Baixe Ltda, ME; Salvador Bicletas Ltda PP, Ailton Araujo dos Santos Ltda –PP, matriz e filial; radical Moto Bike Comércio de Peças, bem como na residência do Sr. Ailton Araujo dos Santos, foram apreendidos e serviram de lastro à autuação presente.

Além disso, a INFIP apreendeu arquivos magnéticos em computadores do contribuinte, entre eles os seguintes, em acess: ”Tabcaixa”, “TabMovihistorico”, “TabVenda”, “TabEstoque”, e “TabVendasDetalhadas”. Esses arquivos foram enviados para a INFAZ Atacado e posteriormente autenticados pela Secretaria de Segurança Pública, conforme Processo SIPRO 717634/2010-1.

Quanto às multas sugeridas pela fiscalização, estão em conformidade com os dispositivos legais indicados, constantes na Lei nº 7.014/96. Ficam mantidas.

Diante do exposto voto pela Procedência do Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0073/12-9**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBike)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$66.284,96**, acrescido das multas de 50% sobre R\$11.924,61 e 60% sobre R\$54.360,35, previstas no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR