

A. I. Nº - 299130.0010/12-7
AUTUADO - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS
AUTUANTES - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26/09/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0211-03/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. CONTA CORRENTE FISCAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Apuração efetuada mês a mês, considerando os débitos apurados em relação às operações de saídas e os créditos fiscais calculados com as notas fiscais de entrada. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO E DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2012, refere-se à exigência de R\$318.434,70 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro, agosto a dezembro de 2008; janeiro a abril e setembro a dezembro de 2009. Valor do débito: R\$122.684,52. Multa de 50%.

Consta, na descrição dos fatos, que “em decorrência das irregularidades apuradas, 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 (cópia anexa), surtindo os efeitos a partir de 01/07/2007. Por conta disto, foi apurado o ICMS, considerando as entradas e saídas registradas nos livros fiscais, através de elaboração de conta corrente, resultando nesta infração, conforme demonstrativos, cópia dos livros de entradas e saídas e de notas fiscais anexadas a este auto de infração. Para o segundo semestre de 2009, como o contribuinte não apresentou a documentação fiscal requerida, foi elaborada a planilha do conta corrente utilizando-se as notas fiscais obtidas no CFAMT e as notas fiscais eletrônicas”.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de fevereiro de 2008 a setembro de 2009. Valor do débito: R\$22.212,74. Multa de 60%.

Consta, ainda, que “foi apurado, por amostragem, que o contribuinte realizava vendas de mercadorias através de Notas de Vendas (VNs), porém o boleto bancário emitido e cobrado de seu cliente era sempre pelo dobro do valor dessas VNs. Para algumas destas vendas o contribuinte emitia as correspondentes notas fiscais, para outras, não. Para comprovação do ocorrido, foram juntados ao auto de infração com o cálculo do imposto devido, cópia das VNs e dos boletos bancários correspondentes”.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2008 a julho de 2009. Valor do débito: R\$173.537,44. Multa de 60%.

Consta a informação de que “Além das infrações anteriores, foi identificado que o contribuinte efetuou outras vendas através da VNs, porém não emitiu as notas fiscais correspondentes. Isto foi apurado através dos arquivos magnéticos apreendidos pela INFIP e autenticado pela SSP-BA, relativos ao período de janeiro a junho de 2008, bem como comparando-se seu livro registro de saídas de mercadorias com as VNs emitidas entre julho de 2008 a julho de 2009. As VNs incluídas na infração nº 02 foram retiradas desta infração”.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 1799, apresentou impugnação (fls. 1783 a 1794). Informa que é uma pequena empresa que possui como atividade econômica o comércio atacadista de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos; é contribuinte idôneo, que sempre diligenciou no sentido de bem cumprir as suas obrigações tributárias junto a esta Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

O defendente suscita a nulidade do presente Auto de Infração, alegando cerceamento do direito de defesa. Cita o art. 5º, LV da Constituição Federal e diz que todas as provas que consubstanciaram a lavratura do Auto de Infração devem obrigatoriamente ser entregues ao autuado mediante recibo, nos termos dos arts. 28 § 4º, 41, II do RPAF-BA. Afirmar que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto exigido, por isso, entende que ficou caracterizado o cerceamento do direito de defesa, devendo ser fulminado de nulidade a imputação fiscal, em razão de restar prejudicado o exercício constitucional do contraditório. Transcreve o art. 18 do RPAF/BA, reiterando o pedido de nulidade da autuação fiscal.

O autuado também alega que “a autuação está eivada de vícios insanáveis, essenciais, que além de espelhar sua imprestabilidade jurídica para justificar o crédito tributário imputado ao contribuinte, por não atender aos pressupostos legais de validade”, a falta de entrega de cópia dos demonstrativos e documentos, inclusive, das notas fiscais obtidas no CFAMT, que amparam a autuação pelo fiscal, já foram apreciadas pelo CONSEF em outras decisões da mesma natureza, sendo decidido pela nulidade dos Autos de Infração. Neste sentido, cita os Acórdãos CJF Nº 0033-12/05 e CJF Nº 0041-12/05

Prosseguindo, o defendente alega que houve “descrição genérica do enquadramento legal”, afirmando que o autuante enquadrava a irregularidade apurada no art. 116 e inciso e art. 124, inciso I do RICMS/BA, sem citar qual fora o artigo de lei que efetivamente fora infringido pelo autuado. Entende que o enquadramento legal genérico e abstrato dificultou o conhecimento da infração que fora supostamente cometida pelo contribuinte, descumprindo a determinação legal prevista no artigo 39 do RPAF-BA, que transcreveu, e que o Auto de Infração carece de segurança e certeza, devendo ser anulado de plano pela autoridade revisora nos termos do artigo 18, IV, “a”, do RPAF-BA, citando ainda, ensinamento do jurista Hely Lopes Meirelles, na obra Direito Administrativo Brasileiro.

Quanto às infrações 01 e 02, diz que o autuante, na descrição dos fatos, alega que o contribuinte recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, já no enquadramento subsumiu o fato aos art. 116 e incisos e 124 inciso do RICMS. Reproduz os mencionados artigos e diz que o fato ocorrido não está em perfeita sintonia com a hipótese de incidência, que houve o erro de direito, porque o fato descrito pelo autuante não está em perfeita harmonia com a norma jurídica. Pergunta qual foi a infração, “recolheu a menor o imposto normal (conforme descrição da infração) ou o imposto foi recolhido fora do prazo previsto na norma estadual (conforme enquadramento legal)?”

No mérito, o autuado alega que a exigência do imposto sob o regime normal de apuração, realizado pelo autuante, foi concretizado através das informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização. Diz que o método utilizado para apurar o débito em comento, além de deixar falhas, não corresponde com a realidade dos fatos, sendo inadequado e impróprio para consubstanciar a base de cálculo utilizada na apuração do tributo lançado. Assegura que as informações retiradas do computador da empresa não correspondem com o fluxo real de vendas realizada pelo contribuinte. “O computador não era utilizado apenas como banco de dados para

Notas Fiscais de venda, sendo meio inadequado para o levantamento de venda da empresa”. Afirmar que neste maquinário há, também, orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes, que posteriormente não vinha a se concretizar, ou seja, a venda não era efetivada. Sendo assim, “muitas informações utilizadas para a apuração da base de cálculo da exação em comento tratam, na verdade, de pseudos-orçamentos, além de comportarem documentos de controle interno da empresa, os quais não detêm qualquer relação com a Nota Fiscal de venda”. Entende que a forma correta para apurar o débito deveria advir de uma base de cálculo apurada através de uma auditoria de caixa. Também entende que o autuante, através do levantamento entre as Notas Fiscais de venda e a contabilidade empresarial, deveria utilizar o extrato bancário, que comprovaria as saídas, arbitrando, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação. Diz que o procedimento correto na apuração do ICMS no regime normal de apuração, implica, necessariamente, calcular o imposto sobre uma base correspondente à circulação de mercadoria. Que o método de apuração da base de cálculo aplicado pelo autuante não encontra amparo na legislação estadual vigente. Salienta que é assente na doutrina e na jurisprudência que deve existir uma correlação lógica entre a base de cálculo e a hipótese de incidência do tributo. “inexistindo tal correlação lógica descaracteriza-se o próprio gênero jurídico do tributo”.

Quanto a esta matéria, cita ensinamento de Roque Carraza, Geraldo Ataliba e Paulo de Barros Carvalho e afirma que não resta dúvida de que a base de cálculo utilizada na apuração do débito foge as regras contidas nos dispositivos normativos, não condizendo com a realidade dos fatos. Que seria necessário apurar o tributo sobre uma base composta pelas vendas realizadas pelo contribuinte, levantadas através de uma auditoria de estoque. Houve uma flagrante desproporção entre o valor a que se chegou com o critério inadequado do Auto de Infração e a realidade fático-econômica. Diz que é inquestionável a necessidade de ser julgado nulo o presente lançamento de ofício, porque a base de cálculo utilizada pelo autuante apresenta irregularidades insanáveis.

O defendente comenta sobre o princípio da não-cumulatividade e alega que durante o período em que realizou suas operações com incidência do ICMS enquadrado no regime do Simples Nacional não gerou os créditos advindos da não-cumulatividade, conforme determina a LC 123/07 em seu art. 23 e 24. Por isso, ao ser desenquadrado, entende que é necessário que se conceda os créditos advindos das operações realizadas, para que os mesmos possam ser utilizados pela empresa, seja em apropriação, seja através da transferência. Pede que seja realizada uma diligência *in loco* para que sejam apurados os valores relativos aos créditos do ICMS provenientes das operações realizadas pela empresa, apropriando os créditos a que faz jus.

Em relação à multa alega que está sendo aplicada multa em valor nitidamente confiscatório, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal. Entende que está explícito o exagero da multa aplicada, sendo utilizado percentual absurdamente elevado e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país. Diz que as multas são tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normais, multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito. Que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração, citando como exemplo ADIN 551/RJ. Também cita lições do Professor Rui Barbosa Nogueira e conclui que restou claro e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve-se anular o referido Auto de Infração.

Por fim, o defendente reitera o pedido de nulidade da autuação. Requer a realização de diligência por fiscal estranho, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 1803 a 1806 dos autos. Contestam a preliminar de nulidade em que o autuado alega cerceamento do direito de defesa. Informam que compareceram nos estabelecimentos do contribuinte (filial e matriz) em horário comercial, encontrando os mesmos fechados, sendo então, emitida a FLC para declaração de inaptidão (fls. 18-A e 19). Que os recolhimentos de ICMS, a partir de junho/2011, deixaram de ser realizados, indicando suspensão das atividades comerciais. Que intimaram autuado por meio dos Correios, com Aviso de Recebimento – AR enviado para residência do contribuinte e para o estabelecimento (fl. 16). Também foi providenciada intimação por Edital (fls. 17 e 18) publicado no D.O. do Estado de 21/08/2012. Dizem que apesar de ser regularmente intimado e de ter recebido em sua residência as intimações, o autuado não compareceu à Sefaz para apresentar a documentação solicitada pela fiscalização.

Esclarecem que foram concluídos os trabalhos de auditoria com a lavratura dos competentes autos de infração. No campo relativo à assinatura do autuado foi inserida a expressão: “contribuinte não localizado para assinatura do auto”, tudo isso conforme com a rotina própria observada pela Inspetoria quando ocorrem estes casos. Após a lavratura e registro do auto no sistema da Sefaz, o órgão responsável enviou o AI para o endereço do estabelecimento do contribuinte e para a residência de seu proprietário, via AR, conforme comprovante em anexo (fls. 1777 a 1781).

Dizem que a sucessão dos fatos narrados demonstra que a arguição de cerceamento de defesa pelo defendente constitui uma clara e mal sucedida tentativa de procrastinar o andamento do PAF e eximir-se do pagamento dos débitos devidos e regularmente apurados. Que a alegação de nulidade é absurda e descabida, porque em nenhum momento o contribuinte compareceu à repartição fiscal para tomar conhecimento da ação fiscal, mesmo regularmente intimado.

Quanto ao argumento defensivo de que o enquadramento legal é genérico e abstrato de modo a, presumivelmente, dificultar o conhecimento da infração pelo contribuinte, os autuantes informam que o mencionado enquadramento legal foi efetuado segundo codificação das infrações contidas no SEAI (Sistema de Emissão de Autos de Infração). Além disso, o lançamento tributário foi constituído de forma legítima, porque o procedimento fiscal atendeu aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, e foi efetuado conforme o disposto nos arts. 38, 39 e 41 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. O Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos, e no campo "Descrição dos Fatos" há informações que resultaram nas infrações cobradas, e na descrição de cada uma delas estão seus respectivos motivos, enquadramentos na Lei do ICMS e no seu respectivo Regulamento.

Salientam que o autuado entendeu e se defendeu do que foi acusado, inclusive apresentando contestação do mérito do auto de infração, contudo não existem falhas formais que inquinem o procedimento fiscal de nulidade nos termos do art. 18 do RPAF. Dizem que neste mesmo sentido já se posicionou a 4ª JF do CONSEF no ACÓRDÃO JF Nº 0293-04/11 de 03/11/2011.

No mérito, relembram que a ação fiscal decorreu de apuração de denúncia à Secretaria da Fazenda, que resultou em Mandado de Busca e Apreensão deferida pela Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador (fls. 24 a 43). Que o autuado em mais uma oportunidade repete argumentos apresentados em autuações anteriores, sem impugnar objetivamente os valores da autuação e sem juntar aos autos nenhuma planilha ou memória de cálculo.

Informam que na ação fiscal que examinou os exercícios de 2008 e 2009, da qual resultou o presente auto de infração, ocorreram dois fatos: a) o contribuinte não foi localizado no endereço registrado no INC e, de acordo com informações colhidas no local, deixou de funcionar; b) os documentos apreendidos nos estabelecimentos do contribuinte permitiram efetuar cruzamentos de dados, levantamento de informações e provas, baseadas nestes documentos, a fim de determinar os valores a serem autuados.

Dizem que na infração 01, por exemplo, está descrito que o contribuinte fora excluído do Simples Nacional e, por conta disto, foi elaborado conta corrente, com base nos livros fiscais por ele mesmo apresentados, notas fiscais de entradas apreendidas, obtidas no CFAMT ou notas fiscais eletrônicas (fls. 45 a 527).

Quanto à infração 02, informam que no campo "Descrição dos Fatos" está inicialmente explicado qual era o procedimento do contribuinte para efetuar suas vendas. Que a fiscalização constatou que o contribuinte emitia boleto bancário para cobrar dos seus clientes sempre pelo dobro das vendas efetuadas através de Notas de Vendas (VNs) e, ainda assim, nem sempre emitindo as respectivas notas fiscais (fls. 528 a 1518).

Sobre a Infração 03 afirmam que está claramente informado que o contribuinte efetuou ainda, várias vendas sem a emissão das notas fiscais. Que estes fatos foram apurados mediante cotejamento dos arquivos magnéticos apreendidos do contribuinte e autenticados pelas autoridades competentes e das notas de vendas apreendidas na operação com seus livros de registro de saídas de mercadorias, combinado com a declaração do próprio contribuinte de que as notas fiscais foram extraviadas. Tudo isto, conforme descrição da infração (fls. 3) e respectivos comprovantes anexados aos autos (fls. 1519 a 1692).

Quanto ao argumento defensivo de que não foram concedidos os créditos advindos das operações realizadas pela empresa autuada, informam que todos os créditos relativos a ICMS recolhidos pelo contribuinte, sejam destacados nas notas fiscais, sejam decorrentes do pagamento de antecipação parcial (quando houve) foram devidamente levantados e considerados mediante remontagem do conta corrente do contribuinte em cada exercício, conforme se encontra demonstrado nas planilhas de Apuração do Imposto Devido Através do Conta Corrente Fiscal - Bicicletas - Exercício 2008 e 2009, anexadas ao processo (fls. 45 e 293).

Em relação às críticas apresentadas pelo defendente quanto ao Sistema Tributário Brasileiro, alegando que existe caráter confiscatório e afronta às garantias constitucionais do contribuinte nas multas aplicadas, os autuantes informam que sobre esta alegação não apresentam qualquer comentário, afirmando que se trata de assunto que não diz respeito ao mérito da autuação. Finalizam pedindo a procedência do Auto de Infração.

Considerando que não constavam nos autos as comprovações de que o autuado recebeu as cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante e das notas fiscais do CFAMT, utilizadas no levantamento fiscal, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Inspetoria Fazendária para intimar o autuado no endereço de seu representante legal (fl. 1799) e lhe fornecer cópias do levantamento fiscal e das notas fiscais do CFAMT (fls. 45 a 550 e 1519 a 1648), concedendo o prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento, o autuado foi intimado, conforme fl. 1818, constando na própria intimação recibo comprovando a entrega do levantamento fiscal e das notas fiscais do CFAMT (fls. 45 a 550 e 1519 a 1648), com a concessão do prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer 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, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O defendente alegou que não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto exigido, por isso, entende que ficou caracterizado o cerceamento do direito

de defesa. Destacou a falta de entrega de cópia dos demonstrativos e documentos, inclusive, das notas fiscais obtidas no CFAMT, que amparam a autuação pelo fiscal.

A alegada falha processual foi devidamente saneada, haja vista que em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuado foi intimado, conforme fl. 1818, constando na própria intimação recibo comprovando a entrega do levantamento fiscal e das notas fiscais (fls. 45 a 550 e 1519 a 1648), com a concessão do prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido o defendente não se manifestou.

O defendente alegou que houve “descrição genérica do enquadramento legal”, afirmando que o autuante enquadrou a irregularidade apurada no art. 116 e inciso e art. 124, inciso I do RICMS/BA, sem citar qual fora o artigo de lei que efetivamente fora infringido pelo autuado. Que o fato ocorrido não está em perfeita sintonia com a hipótese de incidência. Que houve erro de direito, porque o fato descrito pelo autuante não está em perfeita harmonia com a norma jurídica.

Não acato a alegação defensiva, tendo em vista que o texto e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, sendo indicados os dispositivos do RICMS/BA. O autuado entendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, contestando o método de apuração do imposto exigido, apresentando o entendimento de que a forma correta para apurar o débito deveria advir de uma base de cálculo apurada através de uma auditoria de caixa. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. O defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência e, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante. Por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, nos meses de janeiro, agosto a dezembro de 2008; janeiro a abril e setembro a dezembro de 2009.

O autuado foi excluído do Simples Nacional, conforme Edital de Notificação de nº 04/2011, publicado no DOE de 18/05/2011 (fl. 44 do PAF), surtindo os efeitos a partir de 01/07/2007. Por conta disto, foi apurado o ICMS, considerando as entradas e saídas registradas nos livros fiscais, através de elaboração de conta corrente, resultando nesta infração, conforme demonstrativos às fls. 45 e 293 do PAF, além de cópias dos livros de entradas e saídas e de notas fiscais anexadas às fls. 46 a 550 e 1519 a 1648.

Na descrição dos fatos, também foi informado que foram apreendidos no estabelecimento autuado os seguintes documentos: notas fiscais de entradas e de saídas, fechamento de caixa, juntamente com Notas de Vendas (VNs), boletos bancários e arquivos magnéticos em computadores do contribuinte.

No Relatório de Investigação Fiscal – RIF nº 12/2008 (fls. 24 a 35 do presente processo), foi apresentada a conclusão de que “as empresas SALVADOR BICICLETA LTDA E RADICAL MOTOBIKE COMÉRCIO DE PEÇAS LTDA foram constituídas com interpostas pessoas no intuito de se beneficiarem da condição de microempresa e que o Sr. AILTON ARAÚJO DOS SANTOS é o proprietário destas empresas, assim como das demais empresas aqui investigadas”. Foi sugerido que todos os estabelecimentos fossem desenhados do Simples Nacional, “pelo fato de haver

evidências de utilização de meios fraudulentos para usufruir desse regime simplificado de apuração do ICMS”.

Constatou que o autuado foi excluído do Simples Nacional, conforme cópia do Edital publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia à fl. 44 do PAF, e foi concedido o prazo de trinta dias para o autuado impugnar a exclusão.

Observo que estes fatos não foram questionados pelo autuado nas razões de defesa, e os dados numéricos do levantamento fiscal também não foram contestados, haja vista que na impugnação apresentada, o defendente alegou que a forma correta para apurar o débito deveria advir de uma base de cálculo apurada através de uma auditoria de caixa. Também entende que o autuante, através do levantamento entre as Notas Fiscais de venda e a contabilidade empresarial, deveria utilizar o extrato bancário, que comprovaria as saídas, arbitrando, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação.

Como foi realizada uma auditoria de conta corrente fiscal, neste caso, entendo que não haveria necessidade de apurar o fluxo de caixa, nem utilizar os extratos bancários para comprovar as saídas de mercadorias.

A auditoria do conta-corrente do ICMS compreende a verificação de todos os débitos e todos os créditos fiscais lançados pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal, bem como a regularidade do pagamento do imposto. Efetua-se a conferência dos documentos relativos às entradas, saídas e de arrecadação, verificando-se as possíveis divergências entre os dados constantes nos documentos fiscais e a escrita fiscal.

O defendente também alegou que ao ser desenquadrado, é necessário que se conceda os créditos advindos das operações realizadas, para que os mesmos possam ser utilizados pela empresa, seja em apropriação, seja através da transferência. Quanto a esta alegação, foram considerados os créditos fiscais relativos ao período fiscalizado, conforme demonstrativos do autuante às fls. 45 e 293 do PAF.

O cálculo do imposto devido no período fiscalizado foi efetuado mediante apuração mês a mês, considerando as aquisições de mercadorias e as vendas comprovadas através de notas fiscais. Foram apurados os débitos em relação às operações de saídas, e os créditos fiscais calculados com as notas fiscais de entrada.

Como já foi dito anteriormente, o motivo da exclusão foi a constatação de que houve interposição de pessoas, apurado no Relatório de Investigação Fiscal – RIF, sendo este um dos motivos elencados na legislação para exclusão do Simples Nacional. Foi efetuada reconstituição do conta-corrente do ICMS, apurando-se os valores exigidos no presente lançamento. Por isso, não há necessidade da diligência requerida pelo autuado, haja vista que não foi trazido na impugnação, qualquer elemento que levantasse dúvida quanto aos dados numéricos do levantamento fiscal. Assim, concluo pela procedência deste item da autuação fiscal.

As infrações 02 e 03 serão analisadas conjuntamente, considerando que tratam da mesma irregularidade.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de fevereiro de 2008 a setembro de 2009.

Consta, ainda, que “foi apurado, por amostragem, que o contribuinte realizava vendas de mercadorias através de Notas de Vendas (VNs), porém o boleto bancário emitido e cobrado de seu cliente era sempre pelo dobro do valor dessas VNs. Para algumas destas vendas o contribuinte emitia as correspondentes notas fiscais, para outras, não”.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no período de janeiro de 2008 a julho de 2009.

Consta a informação de que “Além das infrações anteriores, foi identificado que o contribuinte efetuou outras vendas através da VNs, porém não emitiu as notas fiscais correspondentes. Isto foi apurado através dos arquivos magnéticos apreendidos pela INFIP e autenticado pela SSP-BA, relativos ao período de janeiro a junho de 2008, bem como comparando-se seu livro registro de saídas de mercadorias com as VNs emitidas entre julho de 2008 a julho de 2009. As VNs incluídas na infração nº 02 foram retiradas desta infração”.

O autuado não apresentou alegação específica quanto a estas infrações, haja vista que nas razões de defesa alegou, apenas, que a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta através de uma auditoria de caixa. Que o autuante, através do levantamento entre as Notas Fiscais de venda e a contabilidade empresarial, e do extrato bancário, poderia comprovar as saídas, arbitrando, assim, a base de cálculo correta para calcular a suposta exação.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que não é ilegal emitir notas de vendas, mas deve ser comprovada a emissão dos correspondentes documentos fiscais pelas operações realizadas. No presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em documentos emitidos pelo autuado (Notas de Vendas sem as correspondentes Notas Fiscais de Saídas), fato não elidido pelo defendente. Neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como alegou o autuado.

Nas razões de defesa o autuado também alegou que foram efetuadas operações fora do campo de incidência do ICMS. Entretanto, não apresentou qualquer comprovação neste sentido, conforme prevê o art. 123 do RPAF/BA.

Quanto ao argumento defensivo de que em seus controles constavam orçamentos realizados por vendedores a pedido de clientes, e que posteriormente as vendas não se concretizavam. Entretanto, não houve qualquer comprovação pelo defendente, e o levantamento fiscal foi efetuado em relação às vendas realizadas por meio de “Notas de Vendas”, caracterizando que foram efetuadas as operações de vendas.

Concluo pela subsistência destas infrações, haja vista que os documentos fiscais não emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299130.0010/12-7**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$318.434,70**, acrescido da multa de 50% sobre R\$122.684,52 e 60% sobre R\$195.750,18, previstas no art. 42, inciso I, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR