

A. I. N° - 232154.0005/14-5
AUTUADO - SOL LIVRARIA E INFORMÁTICA LTDA. - EPP
AUTUANTE - VILMA BUNGE SANTANNA BARBOSA
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 14/05/15

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0088-03/15

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. **a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. DESCRITAS NO ANEXO 88. **a-1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a-2)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. As empresas optantes pelo Simples Nacional (LC 123/06) são afetadas pelo regime da Substituição Tributária devendo recolher o ICMS próprio dentro daquela sistemática, enquanto o ICMS-ST deverá ser recolhido apartado, nas condições das demais empresas não optantes (artigos 13 e 77, LC 123/06). Infrações não elididas. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NÃO INCUÍDAS NO REGIME ST. **b-1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b-2)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições de mercadorias para fins de comercialização, oriundas de outros Estados da Federação, incide o ICMS antecipação parcial, independente do regime de apuração adotado pelo estabelecimento (art. 12-A, Lei 7.014/96 e art. 352-A, RICMS-97/BA). A apuração da exigência tributária obedeceu formal e materialmente aos requisitos para a lavratura do PAF e as parcelas de ICMS regularmente constituídas. Infrações subsistentes. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O contribuinte foi devidamente intimado, todavia, não procedeu à entrega dos livros fiscais. Infração não contestada. Rejeitadas as argüições de nulidades. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/03/2014, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$261.644,05, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **07.21.01.** Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante pelo Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de setembro de 2009 e fevereiro de 2010. Exigido o valor de R\$889,81, acrescido da multa de 50%;

Infração 02- **07.21.02.** Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na condição de empresa optante pelo Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido

pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril e julho a dezembro de 2010, janeiro, fevereiro, maio a julho e setembro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$143.671,51, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - **07.21.03.** Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de julho e outubro de 2009; fevereiro, junho, julho e setembro de 2010; janeiro a junho e setembro a dezembro de 2011; janeiro a dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$110.988,05, acrescido das multas de 50% e 60%;

Infração 04 - **07.21.04.** Recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de setembro e novembro de 2009; março e abril de 2010; julho de 2011. Exigido o valor de R\$4.714,68, acrescido das multas de 50% e 60%;

Infração 05 - **16.04.01.** Falta de apresentação de Livros Fiscais, quando regularmente intimado. Exigida a multa fixa no valor de R\$1.380,00.

O autuado apresenta impugnação, fls. 90 a 101, revelando inicialmente a ausência nos do Termo de Início de Fiscalização no Auto de Infração.

Diz que o Auto de Infração lavrado não merece prosperar, eis que eivado de inúmeros vícios e irregularidades que, desde logo, o torna insubstancial, além de comportar no mérito uma análise mais profunda.

Aponta como vício formal o fato de que no item “Dados da Lavratura” tem-se unicamente a data da lavratura que ocorreu em 25/03/2014 às 20h24min.

Destaca também como vício a falta no conteúdo do Auto de Infração o dia de início do período de fiscalização, que é elemento essencial ao procedimento administrativo, como prescreve o *art. 28., inciso I, §1º do RPAF-BA/99*, cujo teor reproduz. Prossegue ressaltando que o Termo Inicial de Fiscalização é de suma importância para o autuado, pois, é através dele e do Termo de Encerramento que o contribuinte pode extrair se o prazo legal de 90 dias, para a conclusão do Procedimento Administrativo Fiscal, foi cumprido pela Autoridade Fazendária. Remata firmando que a desobediência aos requisitos essenciais do Processo Administrativo fulminam o ato praticado tendo em vista que o Auto de Infração é modalidade de lançamento e como tal se presta à cobrança de tributos.

Lembra que no conceito de tributo o CTN determina que sua cobrança deve ser realizada mediante atividade administrativa plenamente vinculada à lei.

Observa que dentre os princípios constitucionais básicos da Administração Pública encontra-se o da Legalidade, previsto nos artigos 5º, inciso II e 37, *caput*, e da Eficiência ambos da CF/88. Continua assinalando que pelo primeiro princípio a atuação do servidor público deve se situar nos limites impostos pela Lei, a sua conduta tem que obedecer ao que a lei manda. Ressalta que o princípio da eficiência se reflete como sendo a obtenção de resultados satisfatórios para a comunidade, ou mesmo para um simples cidadão, e mesmo para a própria Administração, em relação à pretensão apresentada.

Sustenta que o agente de fiscalização inabilitado no CRC na categoria de contador, não poderá lavrar autos de infração, notificações fiscais ou de lançamentos de tributos ou contribuições, que tiverem por base, trabalhos de auditoria ou perícia contábil, como ocorre no caso em tela.

Menciona que a função de Auditor Fiscal, exige, que o agente público exerça papel privativo de contador inscrito no CRC, sendo nula de pleno direito o procedimento efetivado por profissional incompetente.

Afirma que o Auto de Infração padece de nulidade, uma vez que lavrado por servidor incompetente, ao arrepio do art. 10 c/c 59 do Dec. 70.235/72, dos artigos 25 e 26 do Dec.-lei 9.295/46, art. 26 da lei 6.385/76, §5º do art. 163 da Lei 6.404/76 c/c os artigos 1º, e 3º item 36, §1º da Resolução CFC nº 560/83.

Transcreve trecho do voto do RE 791490 para destacar que o Supremo Tribunal Federal - STF já se posicionou nesse sentido sobre o tema.

Explica que a CF/88 estipulou o livre exercício de qualquer profissão, desde que atendida as qualificações profissionais que a lei estabelece em seus artigos 5º, inciso XIII e 22, inciso XVI. Continua assinalando que nem mesmo o fato do servidor ter sido aprovado em concurso público tem o condão de revogar lei, nem o convalida ao exercício ilegal da profissão de contador. Revela que também que o RPAF-BA/99 considera em seu art. 18, inciso I, nulo os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente. Arremata frisando ainda que vez o Dec. Federal nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, traz a mesma regra do referido decreto estadual no seu art. 10: “O auto de infração será lavrado por servidor competente...”

Depois de registrar que sempre cumpriu com suas obrigações tributárias, sejam principais ou acessórias, afirma que a relação entre o Fisco e o contribuinte, para atender aos fundamentos do direito, deve ser harmoniosa, cabendo à autoridade tributária, para efetuar o lançamento do tributo, valer-se apenas dos métodos admitidos por lei, considerando, como ponto de partida, as informações prestadas pelo sujeito passivo e não utilizando, na fase de investigação, sistemáticas suportadas em instituições ou baseadas em métodos indiciários. Diz que tal situação conceberia a renúncia da prova direta (material) em favor de uma decisão pessoal, alicerçada em presunção.

Afirma que existe um erro na apuração do crédito tributário na cobrança de crédito tributário em favor do Estado no valor de R\$458.964,51, pelo fato de que as notas fiscais não se estavam de posse do agente fiscalizador, até porque a referida empresa se encontra na condição de inapta, as notas fiscais que o agente fiscalizador alega foram encontradas no sistema da SEFAZ/BA, em que o referido contribuinte não recebeu no estabelecimento qualquer intimação para apresentação de documentos, bem como não teve nem como contestar se essas mercadorias foram realmente adquiridas pela referida empresa. Ressalta também que as mercadorias adquiridas são em sua totalidade substituídas, e destaca no caso de livros, jornais e papeis o “Código Tributário do Estado da Bahia, Capítulo II - Dá Não Incidência, art. 4º, Parágrafo 1º”, deixa bem claro a sua não incidência de impostos, mesmo adquirido de terceiros, no que tange as operações interestaduais. Esclarece que artigos de papelaria estão sujeitos ao regime de substituição tributária, cabendo ao remetente o recolhimento do imposto incidente, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo a operação, tendo em vista que a responsabilidade pela retenção ou recolhimento do imposto, foi transferida a terceiro que não tem relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação tributária, o remetente inclui o valor da substituição tributária junto com as mercadorias. Arremata assinalando que, se o Estado volta a cobrar, isso é uma prova clara do *bis in idem*.

Afirma que exigência fiscal não se faz legítima, ante a sistemática adotada pela autuante, sendo necessária a revisão da indigitada ação fiscal levada a termo, com a sua improcedência.

Requer a apuração das informações ora apresentadas, com base no princípio constitucional da ampla defesa, consagrada também no processo administrativo, pela jurisprudência majoritária e, por ser indispensável ao esclarecimento da controvérsia apontada e pela busca da verdade real. ,

Assegura que existência de uma escrita regular não representa um limite aos poderes de investigação do Fisco, que pode valer-se de qualquer meio de prova legal para impugnar a veracidade dos fatos nela registrados, conforme é de regra num procedimento inquisitório.

Observa que a existência da escrita regular impede a aplicação dos recursos do arbitramento e da presunção, na fase inicial da investigação, impedindo a substituição da base de cálculo primária por uma base de cálculo subsidiária. Arremata revelando que, existindo escrituração regular, o Fisco está vinculado à sua adoção como base de prova da base de cálculo primária, podendo socorrer-se de outros meios probatórios se assim julgar necessário.

Menciona que de acordo com o previsto no art. 23 do Código Comercial e no art. 9º, §1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77, os Livros Fiscais fazem prova em favor de quem os escritura. Pontua que estes dispositivos dizem claramente que os livros laboram como elemento de prova em favor do sujeito passivo da obrigação, dos atos e fatos neles registrados e, caso comprovada a imprestabilidade ou inexistência, bem como a recusa da sua apresentação é que poderá o Fisco utilizar outras formas, dentro da previsão legal, para substituição da prova primária, de forma a obter as informações necessárias para realizar a análise, e decorrente lançamento.

Afirma que a admissibilidade de presunção seria possível desde que comprovada a ocorrência de um fato gerador, para substituição da base de cálculo, quando da: *i* - inexistência da escrituração; *ii* - recusa da apresentação da escrituração; ou *iii* - imprestabilidade da escrituração.

Transcreve a ementa do Acórdão nº 126 - 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais (MG). Recurso nº 805 para demonstrar que esse entendimento vem sendo adotado por outros órgãos administrativos fiscais e destacar que a mesma sorte deve seguir o presente Auto de Infração ao efeito de, acolhendo-se os argumentos de defesa, seja o mesmo julgado improcedente.

No tocante às multas propostas destaca que com o advento da Lei 9.298/96 a multa por inadimplemento no Brasil, passou para o máximo de 2%, dado a nova realidade econômica atualmente reinante no país. Continua frisando que a pretensão de multas na ordem de 80% a 100% do valor da obrigação, como pretende o Fisco, seja em virtude do inadimplemento ou proveniente da configuração objetiva de infração fiscal, onera sobre maneira o contribuinte, não encontrando guarida na atualidade nacional, além de configurar-se em patente enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual. Arremata revelando que a aplicação de multas como a ora pretendida, afigura-se na forma de confisco, vedado em nosso Direito Tributário Constitucional.

Observa ainda que o confisco restará patente no caso em tela, se perpetrado a incidência de multa entre 80% a 100%, posto que elevou a obrigação tributária a senda de impagável, se analisarmos a capacidade de pagamento da empresa, que passa inclusive por processo de concordata preventiva.

Para ilustrar sua tese da natureza confiscatória das multas sugeridas no Auto de Infração traz a colação trechos de ensinamentos sobre o tema da lavra dos juristas pátrios Sacha Calmon e Orlando de Pilla Filho.

Sustenta que há desproporcionalidade na cobrança e Auto de Infração formulados, tendo em vista que a tipificação do ilícito cometido não teve por consequência o não pagamento do tributo.

Observa que a Receita Estadual cobra o débito relativo ao ICMS, tomando por cálculo o principal, acrescendo-o de atualização monetária, juros de mora sobre o ICMS atualizado e correção monetária, tomando-se por base o RICMS-BA/97 e outras leis estaduais, todavia em total desacordo com a já citada Lei Federal 9.298/96.

Diz que, por isto, ser inadmissível a pretensão do Fisco Estadual em cobrar de 80% a 100% do valor do tributo a título de multa, em face de atual situação de estabilidade da moeda nacional e, principalmente do ordenamento jurídico federal, que se encontra acima dos diplomas estaduais. Menciona que, neste sentido, qualquer argumento de que a lei determina a cobrança de multa acima de 2% não procede, por entender que a Lei Federal acima citada revogou os dispositivos que com ela conflitavam.

Frisa que o agente consignou no Auto de Infração Correção Monetária e Acréscimo Moratório e Multa, fato esse que configura “*bis in idem*” instituto totalmente repudiado em nosso Direito Positivo, além de representar enriquecimento ilícito, também inaceitável em nossa legislação. Arremata assinalando que os fundamentos do Fisco Estadual, por seus próprios e jurídicos argumentos, talvez se justificassem nos tempos de alta inflação, e mesmo assim, com reservas.

Diz restar claro que os vícios de que padecem o Auto de Infração são insanáveis, de sorte a comprometerem suas exigibilidades face as flagrantes ilegalidades formais e materiais apresentadas.

Afirma ser de todo improcedente a pretensão fiscal, flagrantemente contrária a lei, primeiro por ser procedido por agente incompetente e inabilitado, e, finalmente por não ter no mérito, ocorrido as infrações apontadas, pelo que assinala que, sanados os equívocos ora apontados, chegar-se-á a conclusão de que não houve infração tributária, merecendo e desde já requerendo a anulação do lançamento e arquivamento do Auto de Infração.

Requer, independente de julgamento procedente ou improcedente, parcial ou integral, a ilegitimidade das multas sugeridas no Auto de Infração fixando-as em percentuais equivalentes na supracitada lei pertinente, ou seja, em 2%.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 104 a 113, articulando as seguintes ponderações.

Afirma que agiu de maneira idônea e lícita no intuito de preservar os legítimos interesses do Estado da Bahia.

No tocante a alegação do impugnante da ausência do Termo de Início de Fiscalização, afirma não ter qualquer fundamento, visto que se encontra apensado à fl. 09. Acrescenta que foram realizadas três Intimações, fls. 11 a 21, para apresentação de livros, documentos e informações fiscais, todas solenemente ignoradas pelo autuado. Diz que este fato lhe obrigou a pedir prorrogação dos trabalhos de fiscalização, conforme atesta o Termo de Prorrogação de Fiscalização acostado à fl. 10, motivo pelo qual foi aplicada a penalidade contida na Infração 05, fl. 04. Reproduz os artigos 26 e 28 do RPAF-BA/99.

Quanto à alegação do defensor de que a autuação é nula por ter sido realizada por profissional incompetente, destaca que, apesar de ser Bacharel em Ciências Contábeis, entende não ter qualquer sustentação as alegações do representante do autuado, visto que esta autuante assumiu e dispõe de todas as prerrogativas inerentes ao seu cargo, dentre as quais a de realizar lançamentos em Autos de Infração contra empresas optantes pelo Simples Nacional, motivo pelo qual não adentra no mérito dessa questão.

No que diz respeito alusão do impugnante ao se declarar diligente e cumpridor de suas obrigações tributárias, frisa que não é o que demonstra a presente ação fiscal, tendo em vista a não apresentação dos livros e documentos fiscais, mesmo após ter sido intimado por três vezes, bem como na mesma linha, assinala os significativos valores de ICMS sonegados, no montante histórico de R\$261.644,05, conforme apurado no presente Auto de Infração. Acrescenta firmando que contrário do que propala, é bastante suspeito o fato de a empresa ser constituída como Tipo de Unidade - Depósito Fechado e acrescentar, matreiramente, CNAEs próprios do comércio varejista, tudo a indicar o intuito deliberado de mascarar as suas operações conforme, *hard copies* anexados às fls. 114 a 123.

A utilização irregular fica patenteada quando se verifica o valor das aquisições de mercadorias realizadas pelo estabelecimento autuado (CNPJ nº 09.016.135/0002-09) e pelo estabelecimento matriz (CNPJ nº 09.016.135/0001-10), como explicitado, somente considerando aquisições por meio de NF-es, conforme em tabela que colaciona, fls. 107 e 108.

Diz ser alarmante o fato de continuar adquirindo mercadorias mesmo após ter sido decretada a inaptidão da sua Inscrição Estadual, em 24/04/2013, *hard copies* anexadas às fl. 119 e 121, em

virtude de ter deixado de atender, também, a Intimação para apresentação de livros e documentos no recadastramento efetivado por meio de Malha Fiscal. Menciona outro fato que chama a atenção, a partir dos valores de aquisição de mercadorias, acima indicados, é manter-se como optante do Simples Nacional mesmo ciente de que havia extrapolado, em muito, os limites de faturamento estabelecidos na LC nº 123/2006, de R\$2.400.000,00, até 31/12/2011 e na LC nº 139/2011, de R\$3.600.000,00, a partir de 01/01/2012.

Arremata revelando que tudo isto tudo isso indica a necessidade de ampliação da fiscalização, tanto para apurar valores remanescentes de ICMS ainda não lançados, assim como, o cometimento de crimes contra a ordem tributária, tendo em vista não ter tido acesso aos livros contábeis e fiscais, assim como as notas fiscais não eletrônicas. Assevera que nova auditoria ampliada por novos Roteiros de Fiscalização, por certo, determinará valores muito mais significativos de ICMS e demais tributos Federais sonegados.

Diante das alegações do contribuinte, de que foi realizado pela fiscalização um completo trabalho de auditoria lançando-se mão de critérios subjetivos e arbitrários, informa inicialmente que em virtude da não apresentação dos livros contábeis e fiscais, bem como informações e demais papéis do giro comercial, a fiscalização foi obrigada a realizar a fiscalização a partir dos arquivos XML das Notas Fiscais Eletrônicas e das demais informações relativas aos pagamentos constantes nos Sistemas INC e SIGAT da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Registra que as Notas Fiscais Eletrônicas não existem mais em meio físico e sim eletrônico, estando armazenadas em bancos de dados da Receita Federal e das Secretarias da Fazenda dos Estados, estando disponíveis para consulta e importação de seus dados no Portal da NF-e (www.nfe.fazenda.gov.br), tanto pelo fisco quanto pelos contribuintes, inclusive contando com mecanismos de validação de operações que permitem aos destinatários das mercadorias rechaçar operações fraudulentas. Assevera que tais manifestações dos contribuintes ficam registradas no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, nos chamados Eventos de Manifestação do Destinatário: 1. Ciência da Emissão; 2. Confirmação da Operação; 3. Registro de Operação não Realizada e 4. Desconhecimento da Operação, que atuam como apêndices das Notas Fiscais Eletrônicas. Ressalta, também, que a utilização da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantem a validade jurídica das operações na sua forma eletrônica (Notas Fiscais Eletrônicas).

Destaca que as Notas Fiscais Eletrônicas utilizadas para elaboração dos Demonstrativos foram exclusivamente oriundas de operações Autorizadas, de modo que não têm procedência as alegações do autuado. Frisa que o contribuinte não pode se beneficiar de sua própria vileza ao desprezar legítimas intimações formuladas pelo fisco que obrigaram, inclusive, prorrogação indevida dos trabalhos de fiscalização, tumultuando a programação e o planejamento das atividades do fisco.

Afirma que a simples visualização dos DANFEs e dos Demonstrativos 1 - Antecipação Tributária e Demonstrativo 2 - Antecipação Parcial, consoante arquivos eletrônicos constantes em mídia anexada à fl. 84, não deixam margem a dúvidas quanto à correta discriminação em suas diversas Colunas, entre outras, das seguintes informações: a) notas fiscais relacionadas; b) data de entrada das mercadorias; c) CNPJ dos fornecedores; d) UF de origem das mercadorias; e) discriminação das mercadorias; f) alíquota de origem; g) valor da mercadoria; h) valor da base de cálculo; i) crédito de ICMS; j) alíquota interna aplicável; l) ICMS Pago; m) ICMS a pagar. Por isso, diz não se justificar a alegação do contribuinte de que houve erro na apuração do imposto, precipitação, superficialidade ou mesmo que agiu de forma subjetiva e arbitrária, visto a correta discriminação das notas fiscais envolvidas, dos seus emitentes e dos valores apurados.

Esclarece que em relação ao Auto de Infração, não restam dúvidas de que descreve minuciosamente o infrator, a infração, os dispositivos legais infringidos, as penalidades aplicadas, o local, a data e a hora da lavratura, a exigência a ser cumprida, a intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal, a indicação da repartição onde ocorrerá

o processo e a assinatura da autuante e do autuado, conforme consta no “AR” colacionado à fl. 88, não por coincidência, assinado em seu verso por Ivaney Oliveira dos Santos, o mesmo preposto do contribuinte que deu ciência nas intimações apensadas, fls. 18, 19, 20 e 21. Sustenta que em relação a essa parte da argumentação do contribuinte, evidencia-se que a fiscalização cumpriu com todos os ditames impostos pela legislação, como larga e minuciosamente demonstrado.

Observa que a Lei nº 11.899/2010, com efeitos a partir de 31/03/2010, acrescentou o inciso XV, à Lei nº 7.014/1996, tornando Solidariamente Responsáveis os destinatários de mercadorias, nos termos cujo teor reproduz.

Sustenta que seguindo os ditames legais, foi exigido o ICMS da Antecipação Tributária quando os remetentes não possuíam inscrição estadual ativa e não efetuaram o pagamento do ICMS ST através de GNRE, assim como, nos casos de mercadorias oriundas de Estados da Federação não signatários de Protocolo ou Convênio, conforme consta no Demonstrativo 1 e nos Resumos 1.1 e 1.2 e arquivos eletrônicos, conforme constam em mídia anexada à fl. 88, bem como cópias impressas dos Resumos, constantes às fls. 22 a 24.

Informa que, em relação às mercadorias que gozam de imunidade constitucional, cuidou de excluí-las dos levantamentos.

Acrescenta que o defensor deixou de apresentar elementos capazes de contradizer os números apurados pelo fisco, motivo pelo qual se evidencia que sua defesa tem apenas caráter procrastinatório.

No tocante a revisão fiscal pretendida pelo defensor assinala que foi não apresentado qualquer elemento que sustente o pedido ou que conteste as informações e valores apurados no presente Auto de Infração, motivo pelo qual não merecem crédito suas alegações, não havendo qualquer controvérsia a ser esclarecida, devendo prevalecer o lançamento perpetrado pelo fisco.

Reafirma que o contribuinte deixou de apresentar os livros fiscais e contábeis, as informações e demais papéis do giro comercial, apesar de ter sido intimado por três vezes, conforme atestam os documentos apensados, fls. 11 a 21.

Registra que não foi aplicado ao caso o recurso da presunção que é utilizado para apurar omissão de receitas ou mesmo do arbitramento para apuração dos valores sonegados. Assevera que os valores apurados foram obtidos a partir de Notas Fiscais Eletrônicas e correspondentes recolhimentos de ICMS constantes no banco de dados da Receita Federal que controla a emissão de Notas Fiscais Eletrônicas, bem como nos Sistemas INC e SIGAT da SEFAZ-BA, ficando patenteado o não pagamento ou pagamento a menor do ICMS da Antecipação Tributária e da Antecipação Parcial.

Acerca da alegação da defesa de que as multas sugeridas ferem dispositivos legais e constitucionais, por configurarem confisco, além de enriquecimento sem causa por parte da Fazenda Pública Estadual, afirma que não se manifesta sobre a matéria, por entender fugir de sua alçada.

Ressalta que todo o trabalho de fiscalização cingiu-se aos comandos institucionais, tendo sido aplicadas as determinações contidas na legislação que regem as matérias objeto dos levantamentos fiscais.

Revela que a defesa não trouxe à análise qualquer elemento que pudesse fazer face aos valores apurados na presente ação fiscal, limitando-se a tecer comentários genéricos e que fogem à apreciação, inclusive desse CONSEF. Destaca que o impugnante solicita revisão da fiscalização, porém deixa de indicar quais dados dos Demonstrativos merecem reparos, fato que invalida o seu pedido. Arremata sustentando que, de acordo com seus esclarecimentos, fica evidenciado o acerto da fiscalização ao cobrar o ICMS da antecipação tributária total e parcial, nos moldes levantados.

Menciona que os levantamentos levados a efeito, consideraram todos os pagamentos realizados, tendo se baseado em Notas Fiscais Eletrônicas e nas demais informações constantes em bancos de dados da SEFAZ-BA, especialmente as Notas Fiscais Eletrônicas e pagamentos constantes nos sistemas INC e SIGAT, tendo em vista que o contribuinte deixou de atender a três intimações formuladas pelo fisco. Arremata frisando que diante de tais fatos, evidencia-se que nada há a se reparar ficando evidenciada a correção dos levantamentos e valores apurados e correta aplicação das disposições regulamentares e legais.

Assinala que os elementos trazidos à apreciação pela defesa não conseguiram elidir a pretensão do fisco.

Conclui mantendo a ação fiscal.

Na assentada do julgamento, depois da leitura do relatório e exame dos autos, constatou-se que não inexistiu nos autos comprovação de que fora entregue ao autuado de cópia dos demonstrativos de apuração dos débitos, esta 3ª JJF, decidiu converter os autos em diligência à INFRAZ JEQUIÉ, fl. 166, para que fosse entregue ao autuado cópia de todos os demonstrativos analíticos e sintéticos e reaberto o prazo de defesa de trinta dias.

Fornecidas as cópias conforme constam às fls. 169 a 177, o autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Preliminarmente, o autuado requereu a nulidade do presente lançamento pela falta do termo de inicio de fiscalização. Quanto a esta alegação, observo que, de acordo com o art. 26 do RPAF-BA/99, também se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bens, livro ou documento; da lavratura do Termo de Início de Fiscalização; da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimentos ou exibir documentos solicitados pela fiscalização. No caso em exame, apesar de não constar o Termo de Início de Fiscalização, o autuado foi devidamente intimado para apresentar livros e documentos, conforme Intimações Fiscais, datada de 05/11/2013, fls. 12, de 12/11/2013, fl. 18 e datada de 21/11/2013, fl. 21. Ademais, além do impugnante não atender tempestivamente as intimações para entrega dos livros e documentos fiscais solicitados, a fiscalização foi prorrogada como se constata à fl. 10. Portanto, resta suprida a exigência legal para se considerar iniciado o procedimento fiscal, consoante expressa previsão do inciso III do art. 26 do RPAF-BA/99.

No que diz respeito à argüição de incompetência do autuante não procede, tendo em vista a competência de Auditores Fiscais e de Agentes de Tributos estar regulamentada na Lei Nº 3.956/81, sendo que, não existe o pré-requisito legal de se possuir formação em Ciências Contábeis e ter registro no CRC para procedimentos de auditoria fiscal-contábil; em havendo procedimento fiscal-contábil que contenha erros que viciem e tornem imprestável a auditoria, cabe à própria administração exercer o controle da legalidade do lançamento, e se for o caso, anular o Auto de Infração.

Também não devem prosperar as alegações do autuado de que: seu estabelecimento se encontrava na condição de inapta; as notas fiscais eletrônicas arroladas no levantamento fiscal foram encontradas no sistema da SEFAZ; não teve como contestar as aquisições e que as mercadorias adquiridas são em sua totalidade substituídas cabendo a responsabilidade pela retenção ao remetente e com isso a cobrança representa um *bis in dem*. A eventual condição de inapta no CAD-ICMS/BA não tem o condão de elidir a acusação fiscal devidamente constituída e as notas fiscais arroladas decorreram de operações tendo como destinatário o estabelecimento autuado e devidamente autorizadas pelo Sistema de Controle de Notas Fiscais Eletrônicas da SEFAZ e seus códigos de acesso constam devidamente identificados nos demonstrativos analíticos, “Demonstrativo 1 Antecipação Tributária” e “Demonstrativo 2 Antecipação Tributária”, constantes do CD, fl. 84, e devidamente entregues ao autuado, fls. 169, portanto,

descabe a assertiva da defesa de que não teve como contestar a acusação fiscal. Ao compulsar ao aludidos demonstrativos constato que neles constam individualizadamente a natureza das operações de aquisições identificando a mercadoria, a correta aplicação do regime de substituição tributária nas operações pertinentes com a respectiva MVA, considerando, inclusive, quando cabível, a condição do autuado de responsável solidário tributário preconizada pelo inciso XV, do art. 6º, da Lei 7.014/96. Do mesmo modo, encontram-se devidamente explicitados todos os elementos que deram origem a exigência fiscal nas operações de aquisições interestaduais para comercialização e submetidas ao regime normal na apuração da antecipação parcial. Ao compulsar os demonstrativos não constato qualquer exigência apurada relativa a operações com mercadorias amparadas por imunidade, como alegou o autuado. Logo, resta indubioso nas peças que compõem os autos, precipuamente em seus demonstrativos analíticos e sintéticos, que descabe a alegação da defesa de que ocorreu presunção, e muito menos, arbitramento da base cálculo na exigência objeto do presente Auto de Infração.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo deficiente, eis que, como acima exposto fica patente que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto ao pedido de diligência solicitado pelo deficiente, indefiro com lastro na alínea “a” do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99, por considerar que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a decisão da lide.

A infração 05 que cuida do descumprimento de obrigação acessória pela falta de apresentação de livros fiscais fica mantida, ante a inexistência de lide, haja vista que não fora contestada pelo impugnante.

No mérito, as demais infrações tratam de quatro irregularidades à legislação do ICMS consoantes discriminação minudente no inicio do relatório, cometidas pelo autuado na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

As infrações 01 e 02 cuidam da falta de recolhimento e recolhimento e menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária e as infrações 03 e 04 tratam da falta de recolhimento e recolhimento e menos do ICMS por antecipação parcial, obrigação tributária instituída pela Lei de nº 8.967/03, e incide, especificamente, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização e não submetidas ao regime de substituição tributária, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento de aquisição.

O impugnante, além das alegações já abordadas no enfrentamento das preliminares de nulidade suscitadas, não aduziu qualquer argumento especificamente em relação ao mérito para refutar o cometimento desses quatro itens da autuação.

Embora o autuado, em suas razões de defesa, invocando o art. 23 do Código Comercial e o art. 9º, §1º do Dec. Lei nº 1598/77, tenha ponderado que os registros fiscais e contábeis fazem prova em favor de quem os escritura, mesmo intimado por três vezes consecutivas para esse fim, assim como na apresentação da impugnação, não carreou aos autos qualquer elemento de prova oriundo de sua escrita fiscal.

É patente que, consoante com o estatuído nos artigos 13 e 77 da LC nº 123/06, as empresas optantes pelo Simples Nacional também se submetem ao regime da Substituição Tributária devendo recolher o ICMS próprio de acordo com o regime especial unificado de arrecadação dentro daquela sistemática, enquanto o ICMS-ST deverá ser recolhido apartado, nas mesmas condições das demais empresas não optantes. Já a incidência do ICMS antecipação parcial independe do regime de apuração adotado pelo estabelecimento, conforme previsto no art. 12-A da Lei 7.014/96 e no art. 352-A, do RICMS-BA/97.

Depois de compulsar os elementos que compõem os autos constato que o preposto do Fisco elaborou circunstaciados demonstrativos acerca do crédito tributário constituído, anexando-os ao presente PAF, além da entrega de cópia ao contribuinte autuado.

Constam, pois, dos autos, provendo lastro aos valores exigidos nas infrações 01 e 02, os demonstrativos de apuração débito sintético, fls. 22 a 24, e os respectivos demonstrativos analítico, no CD, fl. 84, que explicitam todas as notas fiscais eletrônicas arroladas no levantamento fiscal. Do mesmo modo, os demonstrativos atinentes às infrações 03 e 04 afiguram-se devidamente acostados aos autos, às fls. 25 a 28 e no CD, fl. 84.

Verifico também que os valores efetivamente pagos pelo autuado, listados nos extratos de pagamentos, “Relação de DAEs” do sistema INC/SEFAZ, acostados às fls. 29 a 34, foram consignados nas planilhas da auditoria, o que determinou a exigência de recolhimento a menos, nas infrações 02 e 04, posto que na infração 01, e 03 a exigência ocorre pela falta do recolhimento integral, sem dedução de parcelas pagas.

Logo, nos termos expeditos, resta evidenciado que a exigência fiscal contida nos presentes autos obedeceu formal e materialmente aos requisitos necessários à sua lavratura e as parcelas de ICMS constituídas, em relação às infrações 01, 02, 03 e 04 afiguram-se integralmente caracterizadas.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232154.0005/14-5, lavrado contra **SOL LIVRARIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$260.264,05**, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.158,42 e de 60% sobre R\$252.078,63, previstas no incisos I, alínea “b”, item 1 e II, “d”, do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$1.380,00**, prevista no art. 42, incisos XX, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR