

A. I. N° - 232177.0044/17-7
AUTUADO - AUDIT COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. - ME
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.08.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0120-05/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE IMPOSTO RELATIVO À SAÍDA DE MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Imposto exigido relativo a operações de vendas consignadas em notas fiscais eletrônicas legalmente emitidas e escrituradas. Não comprovado nos autos a alegação de desfazimento do negócio. Infração caracterizada. Rejeitados os pedidos de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 11/09/17, exige ICMS no valor de R\$93.857,40, acrescido da multa de 150% em decorrência de omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, com dolo. Consta na descrição dos fatos que o sujeito passivo não declarou receitas obtidas através de vendas realizadas através das NFe nº 1 e 2, tudo conforme demonstrativo anexo (fl. 5).

O autuado, através de seu representante legal (fls. 20 e 25), inicialmente esclarece que a fiscalização teve início no dia 05/09/2017, conforme intimação recebida através do DTE solicitando apresentação dos livros e documentos fiscais, que foram entregues no dia 12/09/2017.

Solicita anulação do lançamento sob o argumento de que “... não foi previamente cientificada...” do início do procedimento fiscal com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, prejudicando o regular exercício do direito de defesa nos termos do art. 5º, LV da CF.

Requer a nulidade do AI nos termos do art. 18, II do Dec. 7629/99, por ter sido configurado “*atos praticados ... com preterição do direito de defesa*” conforme preconiza a doutrina.

No mérito, afirma que as notas fiscais eletrônicas nº 1 e 2, estavam vinculadas ao processo de financiamento bancário junto ao BNB – Agência Santo Amaro, que não foi aprovado e resultou em desfazimento do negócio, conforme declaração anexa.

Afirma que o art. 3º, § 1º, da LC nº 123/06 define como receita bruta o produto da venda de bens e serviços (operações de conta própria), o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

E que na situação presente tendo a venda sido cancelada, o negócio foi desfeito, não há que se falar em base de cálculo para apuração do Simples Nacional, pois, conforme declaração e escrituração do livro de entradas, as mercadorias foram devolvidas.

Alega que ficou impossibilitada de emitir nota fiscal eletrônica de retorno das mercadorias, pois a inscrição ficou inapta por suposição de operações ilícitas, conforme quadro à fl. 23.

Argumenta que não realiza operações ilegais e que solicitou do adquirente a declaração de devolução das mercadorias e documento da agência do BNB, informando os motivos da não continuidade no processo, mas até a presente data, não foi enviado.

Afirma que sua inscrição continua inapta por supostas operações ilícitas, fato que não ocorreu, tendo buscado reativa-la por três vezes, mas foram indeferidas pelo grupo de vistorias, sob a alegação de que a liberação deve vir da INFAZ Varejo, impedindo de emitir notas fiscais, realizar compras de mercadorias, o que caracteriza excesso de exação, por parte dos auditores fiscais.

Cita decisões proferidas pelo CONSEF, relativas a anulações de autos de infração lavrados em decorrência de roteiro de fiscalização INADEQUADO PARA AS EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL, a exemplo dos Acórdãos JJF Nº 0057-03/14; CJF Nº 0220-12/14.

Conclui afirmando que a infração deve ser descaracterizada, por não atender aos ditames legais vinculados ao procedimento fiscalizatório do Simples Nacional e ir de encontro com a jurisprudência majoritária que norteia as decisões desta Secretaria da Fazenda Estadual.

O autuante na informação fiscal inicialmente discorre sobre a infração e defesa, esclarecendo que a ação fiscal iniciou no dia 05/09/2017 cujo objeto foi averiguar omissão de receitas, constatadas através das vendas realizadas nas NF-e 1 e 2 de 02/01/2017 (fls. 7 a 9) cujos documentos complementares solicitados foram apresentados no dia 12/09/2017 conforme doc. à fl. 28.

Quanto à alegação de inexistência de Termo de Início de Fiscalização e cerceamento de direito de defesa, afirma que a empresa foi devidamente intimada em 05/09/2017 que é o marco de início do procedimento de fiscalização, conforme reconhecido pelo contribuinte na sua defesa informando que *“A fiscalização teve início no dia 05/09/2017, conforme mensagem recebida através do DTE solicitando a apresentação dos livros e documentos fiscais”*.

No mérito, quanto à alegação de que as NF-e nº 1 e 2, foram canceladas por desfazimento do negócio, conforme declaração da empresa MFS EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELI – ME de que não recebeu as mercadorias constantes nas NF-e 1 e 2 de 02/01/2017, informa que as referidas NFes foram devidamente emitidas e estão ativas, conforme relatório de Relação de Notas 2017 (fl. 47), portanto não houve desfazimento das vendas realizadas.

Com relação à inaptidão da inscrição, informa que esta situação não impede a adoção de procedimento de cancelamento de NF-e.

Quanto à nulidade suscitada do Auto de Infração, sob alegação de que foi aplicado roteiro de auditoria inadequada, contesta afirmando que os procedimentos foram realizados através do PRODIFE e demonstrado claramente através dos demonstrativos das fls. 5 e 6 e 10 a 13.

Conclui afirmando que a defesa apresentada objetiva protelar a cobrança dos débitos apurados, sem provar concretamente o desfazimento das vendas realizadas, motivo pelo qual requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A Inspetoria Fazendária após tentativas de intimação pelos correios (AR) para cientificar da informação fiscal sem obter êxito (empresa - fl. 51) e sócios (fls. 54 e 57) a intimação foi efetivada mediante publicação no Diário Oficial de 16/03/2018 (fl. 58) nos termos do art. 108, §1º do RPAF/BA.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob alegação de que houve preterição do direito de defesa em razão de não ter sido lavrado o Termo de Início de Fiscalização e também por ter sido aplicado roteiro de auditoria inadequado.

Com relação ao Termo de Início de fiscalização observo que o art. 26 do RPAF/BA estabelece que:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

Tendo o próprio contribuinte afirmado na defesa que a fiscalização teve início no dia 05/09/17 com recebimento de intimação pelo DTE para apresentar livros e documentos fiscais, restou comprovado que atendeu o requisito de início do procedimento fiscal em 05/09/17 que culminou na autuação em 11/09/17 de acordo com o previsto no art. 26, III do RPAF/BA.

Ressalte-se que o art. 108, §3º do citado RPAF/BA, prevê que a intimação do sujeito passivo por meio eletrônico a contribuintes credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) é considerada recebida numa das seguintes datas:

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

Na situação presente, constato que a leitura do DTe foi feita no dia 05/09/17 (fl. 4) como reconhecido na defesa apresentada, o que comprova ter sido iniciada a ação fiscal antes da lavratura do auto de infração, inexistindo a nulidade suscitada sob alegação de preterição do direito de defesa.

Quanto à nulidade suscitada sob o argumento de que foi aplicado roteiro de auditoria inadequado, constato que o que motivou a exigência do ICMS foi a não tributação das operações das vendas de mercadorias consignadas nas NFes de nº 1 e 2 emitidas pelo estabelecimento autuado, conforme indicado no demonstrativo de fl. 5 e cópia das notas fiscais às fls. 7 a 9.

Pelo exposto, o levantamento fiscal indica os documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento autuado e a sua não tributação, o que demonstra o procedimento fiscal adequado, possibilitando ao contribuinte exercer o seu direito de defesa.

Já as ementas dos Acórdãos JJF 057-03/14 e CJF 0220-12/14 (fl. 24) indicam que foi aplicado roteiro de auditoria inadequado para contribuintes optantes do Simples Nacional, situação que não se apresenta neste processo, tendo em vista que na descrição da infração foi indicada a legislação do Simples Nacional e a apuração do ICMS foi feita mediante a aplicação do percentual de 3,51% sobre a base de cálculo de R\$2.674.000,00 que é a prevista no Anexo I da LC 123/2006, tudo em conformidade com o que determina a legislação do Simples Nacional.

Conclui-se que o roteiro de auditoria aplicado foi adequado, ao contrário do alegado, motivo pelo qual não acolho a nulidade suscitada e passo a apreciação do mérito.

No mérito, o autuado alega que emitiu as NFes 1 e 2 para acobertar venda de mercadorias vinculadas a financiamento bancário que resultou em desfazimento do negócio e que tendo a venda sido cancelada, não há que se falar em base de cálculo e imposto devido.

Argumentou também que ficou impossibilitado de emitir NFe de retorno das mercadorias por sua inscrição estadual ter ficado inapta.

O autuante contestou afirmando que a inaptidão da inscrição não impede a adoção de procedimento de cancelamento das NFes e que as mesmas encontram-se ativas.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que:

- 1) As NFes nº 1 e 2, foram emitidas em 02/01/17 (fls. 7 a 9);
- 2) O destinatário das mercadorias, MFS EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELI ME, CNPJ 12.333.668/0001-30 localizado no município de Campo do Brito - SE declarou em 12/01/17 que não recebeu as mercadorias (fl. 37).
- 3) O quadro demonstrativo apresentado pelo autuado à fl. 23 indica que foram indeferidos os processos de reinclusão de inscrição no período de 27/05/17 a 05/09/17, tendo sido reativada a inscrição em 14/09/17.

Pelo exposto, tendo sido emitidas as NFes 1 e 2, objeto da autuação em 02/01/17 e estando as mesmas ativas, conforme consulta efetivada em 04/12/17 (fl. 47), os documentos fiscais emitidos

produziram todos efeitos jurídicos legais de consumação de operação de venda das mercadorias que nelas foram consignadas em operação interestadual, devidamente escrituradas e consequentemente legal a exigência do imposto devido na forma que foi exigido do emitente.

No que se refere ao argumento de que houve desfazimento do negócio, após a autuação, observo que tendo o autuado emitido as NFes em 02/01/17 e o destinatário declarado que não recebeu as mercadorias em 12/01/17, caberia ao estabelecimento autuado materializar o que foi declarado mediante a emissão de notas fiscais, quer seja pelo destinatário dentro do próprio mês que declarou (janeiro/2017) ou pelo remetente com a emissão de nota fiscal de entrada, fato que não ocorreu e não pode ser acatado o argumento de que houve desfazimento do negócio após a apuração do não pagamento do imposto mediante ação fiscal, com apresentação apenas de declaração do destinatário.

Constato ainda que a operação mercantil objeto da autuação ocorreu no mês de janeiro/2017 e o estabelecimento autuado só veio requerer a primeira reinclusão da inscrição em 27/05/2017 (fl. 23) o que demonstra ter sido possível antes do início da ação fiscal (i) cancelar as NFes emitidas; (ii) emitir nota fiscal de entrada com indicação de devolução das mercadorias, referenciando as NFes originais e subsequente escrituração.

Por tudo que foi exposto, concluo que o ICMS exigido tem como suporte os documentos fiscais legalmente emitidos e escriturados pelo estabelecimento autuado e o argumento apresentado com suporte em mera declaração de que houve desfazimento do negócio, não constitui prova suficiente e legal capaz de elidir a acusação fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232177.0044/17-7**, lavrado contra **AUDIT COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$93.857,40**, acrescido da multa de 150%, prevista nos artigos 34 e 35 da LC 123/06 e art. 44, § único da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR