

A.I. Nº - 1969000033/17-0
AUTUADO - RJ COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI
- EPP
AUTUANTE - JOSÉ MARIA MATOS MONTALVAN ESTEVES
ORIGEM - IFNFAZ – JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO- INTERNET 10.10.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-02/18

EMENTA: ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE ENTRADA. Presunção de aquisição de mercadorias sem documento fiscal. Levantamento efetuado sem fundamento legal não apresenta com segurança os elementos suficientes para se determinar a infração cometida. Possibilidade de renovação da ação fiscal dentro do período decadencial. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 20/11/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$640.573,55, acrescido da multa de 100%, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 02.11.02 – Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

Consta na descrição dos fatos que: “*ICMS devido na aquisição de mercadorias sem nota fiscal de origem – apurado conforme determinação do artigo 13º, §1º, inciso XIII, alínea “e” da Lei Complementar nº 123/2006, e artigo 321, inciso V, do RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012 (Levantamento realizado com base em notas fiscais eletrônicas), conforme Demonstrativo G, Demonstrativo E – Relação de Mercadorias – entradas e saídas no período fiscalizado, Demonstrativo F – Relação de Mercadorias Vendidas sem correspondente Nota Fiscal de Aquisição na Origem, Demonstrativos anexos e em mídia ótica, também anexa.*”.

O autuado impugna o lançamento, fls. 36 a 252, argumentando conforme a seguir descrito.

Inicialmente relata os termos da acusação fiscal assinalando que o representante legal da empresa não foi intimado da autuação, tomando conhecimento através de terceiros e obteve cópias do auto de infração na Secretaria da Fazenda em Salvador.

Argui nulidade preliminarmente afirmando que não consta no termo de intimação do AI a assinatura do autuado ou representante legal ou preposto da Autuada, tampouco consta a data em que tais documentos foram entregues ou postados. Dessa forma, conclui ser a intimação nula de pleno direito, segundo a interpretação do artigo 49 e seguintes da Lei nº 12.209/2011, que transcreve, assim como fere o artigo 5º da Constituição Federal.

Cita e transcreve o Acórdão da TRF 5ª Região – AMS 80710 – Processo 2001.83.00.000191-4 – PE – Relator: Desembargador Federal Ridalvo Costa, acerca do tema.

Afirma que o fisco não cumpriu nenhuma das quatro formas de intimação previstas na lei, tornando o auto de infração nulo, tendo em vista o cerceamento ao exercício da ampla defesa.

Quanto ao mérito afirma que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia não é parte legítima do polo ativo para cobrar tributo, tendo em vista que a empresa é optante do Simples Nacional, não cabendo a cobrança. O que o leva a concluir que a autuação encontra-se manchada de vício insanável.

Argumenta que sempre recolheu os tributos no regime simplificado do Simples Nacional e que para ocorrer uma cobrança pelo Estado da Bahia necessariamente haveria de ter sido formalizado sua exclusão do regime que somente poderia se operar após decisão da Receita Federal do Brasil, fato que nunca aconteceu.

Ressalta que o ICMS é um tributo que se submete ao princípio da não cumulatividade. O fisco estadual identificou os valores supostamente omitidos decorrente de vendas e aplicou a alíquota de 1,86% até 17% sem considerar os créditos fiscais.

Aduz que não foi observado o princípio da não cumulatividade, os documentos e livros fiscais não foram considerados assim como a ocorrência de aquisições de mercadorias com substituição tributária.

Alega desrespeito ao princípio da legalidade onde a incidência do tributo está totalmente submetida a lei, assim como a inconstitucionalidade do procedimento fiscal, pois houve arbitramento de operações em desconformidade com o art. 148 do CTN.

Diz que irá provar que faz compensações tributárias, aceitas pela Receita Federal, quando da perícia e com os documentos anexos, principalmente as Declarações do Simples Nacional.

Transcreve o art. 26, inc. I da LC nº 123/2006 e a Resolução CGSN nº 15/2007 que trata da exclusão do Simples Nacional. Deduz que os Estados têm competência para excluir de ofício micro e pequenas empresas do Simples Nacional (art. 5º da Resolução), entretanto há vedação ao Estado da Bahia para traçar normas diversas daquelas constantes na citada Resolução.

Descreve os requisitos a serem cumpridos pelo fisco para exclusão de contribuintes do sistema e assim entendendo, poder tributar.

Assevera que a Autuada nunca foi notificada de sua exclusão do Simples Nacional e questiona: Como pode o Estado da Bahia cobrar valores de ICMS, se a mesma efetua seus recolhimentos através do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório?

Afirma ser descabida a autuação tendo em vista que a Autuada nunca foi excluída do Simples Nacional.

Declara que a exigibilidade do tributo restará suspenso conforme art. 151 do CTN que transcreve.

Requer a realização de perícia para geração de provas no sentido de elucidar a lide, haja vista ser a prova pericial matéria regulada pelo direito processual. Reforça a importância do laudo pericial (oficial) nos autos atribuindo-lhe a competência de assegurar a veracidade dos fatos.

Diz que a perícia contábil em todos os documentos irá demonstrar que os valores constantes no auto de infração estão totalmente errados e excessivos.

Por fim, apresenta os seguintes pedidos:

- 1- Anular o auto de infração por falta de embasamento legal, falta de intimação;
- 2- Determinar diligência para demonstrar os valores originais;
- 3- Reconhecer a nulidade do auto de infração;
- 4- Realização de perícia contábil;
- 5- Julgar a impugnação procedente;
- 6- Determinar perícia documental e oitiva de testemunhas.

O Autuante presta a informação fiscal às fls. 256 a 263 contestando os argumentos defensivos como segue.

Afirma que não procede a alagação da Autuada quanto a inexistência de ciência da autuação por parte do representante da empresa demonstrando que a ciência da autuação foi efetivada com a assinatura do Sr. Ricardo Magno Netto Barros, segundo consta às fls. 3 em 21/11/2017, como também não procede a alegação de restrição dos meios para que possa exercer a sua defesa, tendo em vista que todos os elementos do lançamento foram entregues ao citado representante, inclusive o mesmo tomou ciência do montante cobrado.

Diz que a Autuada desconhece a legislação do Simples Nacional, em específico o que tange ao pagamento de tributos estaduais, pois a Lei Complementar nº 123/2006 no seu art. 13, que

transcreve, dispõe que: *“O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições.”*, para ressaltar o que prevê o §1º do citado artigo, ou seja: *“O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos (inclusive o ICMS) ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas.”*

Destaca que o recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacompanhada de documento fiscal previsto no art. 321, inc. V do RICMS/2012.

Aduz que após análise e auditoria dos documentos e livros fiscais do contribuinte além de consulta e análise das notas fiscais eletrônicas de aquisição e de saídas de bens e mercadorias, constantes no banco de dados da SEFAZ-BA, constatou entre outras irregularidades na apuração e pagamento do ICMS, a aquisição de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais.

Segue, relatando que em virtude das notas fiscais de aquisição não terem sido apresentadas à fiscalização, nem constarem no banco de dados da SEFAZ-BA, considerou a ocorrência de vendas de mercadorias também sem notas fiscais. Dessa forma, procedeu ao lançamento para cobrança do ICMS, por responsabilidade solidária do adquirente, dessas operações irregulares, por fora do Simples Nacional, conforme determinado pela Lei Complementar supracitada e legislação estadual.

Ressalta que aplicou o roteiro de fiscalização para determinar o ICMS devido na aquisição de mercadorias sem nota fiscal, conforme dispõe o Art. 13, §1º, Inciso XIII, alínea “e”, da Lei Complementar nº 123/2006, em consonância com o Art. 321, Inciso V, do RICMS/2012. O “Demonstrativo E” apresenta o comparativo demonstrando a ocorrência de saídas de mercadorias sem que houvesse estoque ou aquisição suficiente, ficando evidente a aquisição de mercadoria sem nota fiscal, fato que justifica a cobrança do ICMS dessas operações fora do regime do simplificado, conforme preceitua os artigos supracitados.

Aduz que o levantamento foi realizando com base nas notas fiscais eletrônicas e que a partir do “Demonstrativo E” foram selecionadas apenas as mercadorias sem nota fiscal de origem gerando o “Demonstrativo F”, cujo resumo de valores mensais encontra-se no “Demonstrativo G”, base para o lançamento. Todos os demonstrativos estão disponíveis no PAF e em mídia ótica que foi entregue ao contribuinte em 21/11/2017, através de “Termo de Entrega” (fls. 263).

Afirma que as determinações da base de cálculo, da alíquota aplicável e do imposto devido, estão previstas no art. 13, §1º, inciso XIII, alínea “e”, da Lei Complementar nº 123/2006, combinado com o art. 321, Inciso V, do RICMS/2012.

Conclui mantendo todos os termos da autuação.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo – Empresa de Pequeno Porte, optante do Simples Nacional, a acusação de descumprimento de obrigação tributária principal em função da constatação de ação ou omissão fraudulenta, conforme já relatado.

A autoridade administrativa que constituiu o crédito tributário, competente para tal, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e, propôs a aplicação da penalidade cabível em virtude de apuração de omissão de entrada de mercadorias com base na constatação *“... entre outras irregularidades na apuração e no pagamento do ICMS, a aquisição de mercadorias sem Notas Fiscais de origem, evidenciado a partir das descrições e quantidades de mercadorias constantes nas Notas Fiscais de vendas. Tudo isso porquê, para serem consideradas regulares as operações de saídas de mercadorias, imperativo, por questão lógica, haver mercadorias em estoque, no próprio estabelecimento ou sob a custódia de terceiros, respaldados por Notas Fiscais de aquisição. Em virtude de tais Notas Fiscais de aquisição não terem sido apresentadas à fiscalização, nem constarem no banco de Notas Fiscais Eletrônicas da*

SEFAZ-BA, o entendimento dessa fiscalização foi no sentido de considerar a ocorrência real de tais operações de vendas, isso implicando considerar que as operações de aquisição anteriores à venda (saídas) terem sido realizadas sem Notas Fiscais de origem.”

Fica evidente que o lançamento foi realizado com base nas comparações entre notas fiscais de entradas e notas fiscais de saídas constantes nos demonstrativos anexos aos autos – DEMONSTRATIVO G – ICMS DEVIDO NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL DE ORIGEM (fls. 009), DEMONSTRATIVO E – RELAÇÃO DE MERCADORIAS / ENTRADAS E SAÍDAS NO PERÍODO FISCALIZADO (fls. 010 a 020) e DEMONSTRATIVO F – RELAÇÃO DE MERCADORIAS VENDIDAS SEM CORRESPONDENTE NOTA DE AQUISIÇÃO NA ORIGEM (fls. 022 a 026).

O fundamento da autuação é a presunção de omissão de entrada de mercadorias em função da constatação de saídas cujas correspondentes entradas não foram comprovadas.

No caso em tela, o art. 23-A, inc. II da Lei nº 7.014/96, determina a base de cálculo do imposto a ser cobrado, cujo texto transcrevo.

Art. 23-A. *Nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, a base de cálculo do ICMS é:*

(...)

II - na hipótese de omissão de entradas *apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque:*

a) *o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;*

b) *inexistindo aquisição da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado;*

c) *inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado;*

d) *inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, deduzido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;*

e) *quando o custo unitário não for conhecido, o custo médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça, em relação ao último mês do período objeto do levantamento.”;*

Ou seja, o levantamento dos valores resultou de metodologia sem observar a previsão legal para determinação dos valores devidos cujo procedimento encontra-se detalhado no art. 9º da Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Os fatos geradores só podem decorrer da concretização de todas as situações previstas e tipificadas nas normas legais, haja vista que as relações jurídicas tributárias devem ser pautadas pelos critérios de segurança e certeza, sendo vedados os lançamentos tributários que não observem os direitos à ampla defesa e ao contraditório ou calcados em suposições, em virtude dos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da tipicidade cerrada.

Segundo o art. 142 do CTN, compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O erro na construção do lançamento acarreta vício insanável, pois se a autoridade fiscal utiliza critério diverso daquele que a legislação prescreve para a realização do lançamento, acarreta, inclusive, o cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, restando assim violado o art. 142 do CTN.

Também o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, preconiza claramente que são nulos os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Diz ainda no inciso II que também são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

No caso em julgamento não há como se determinar com clareza o que se pretende exigir, muito menos o quanto se pretende exigir.

Como no presente PAF não há possibilidade, sobretudo, de se determinar os valores porventura devidos, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a renovação da ação fiscal dentro do período decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **1969000033/17-0**, lavrado contra **RJ COMÉRCIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EIRELI - EPP**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, redação atual da alínea “a” do inciso I do caput do art. 169 dada pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR