

**A. I. Nº** - 110419.0018/17-2  
**AUTUADO** - VITAL MATERIAIS ESPECIAIS EIRELI - ME  
**AUTUANTE** - JOSELINA PINHEIRO CABRAL DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 20.11.2018

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0171-05/18**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. REGIME ESPECIAL. SIMPLES NACIONAL. Diante da fragilidade da autuação e da insegurança na determinação da base de cálculo e do *quantum debeat* do ICMS, aplico o disposto no art. 18, IV do RPAF/99, para declarar a nulidade da autuação. Assim, entendo que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, e o montante do débito tributário. Infração NULA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/09/2017, para exigir crédito tributário em decorrência (17.01.01) de ter deixado de “*recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional*”, no valor de R\$42.232,56, no período de março a dezembro de 2016 e janeiro a julho de 2017, com multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06, c/c art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, redação dada pela Lei nº 11.488/07. Ocorrências de março a dezembro de 2016, e de janeiro a julho de 2017.

O representante do autuado apresenta defesa de fls. 71/78, de início, reproduz a infração e passa a expor suas razões:

Alega, preliminarmente, que a fiscalização sequer especificou precisamente a conduta que teria ensejado a infração que é acusada, (por exemplo: omissão de receita, erro na identificação da alíquota ou da natureza da operação, etc.). Apenas juntou ao Auto de Infração planilhas confusas que elencam diversas presunções sem previsão legal, absolutamente desamparadas de comprovação – e, aliás, contraditadas pela documentação fiscal da Autuada. Afirmar que a autuação não merece, sob nenhuma hipótese, prosperar.

Sustenta que recolheu todo o ICMS devido sobre as receitas auferidas no período, valendo ressaltar que as próprias planilhas anexadas pela Autuante não indicam qualquer omissão de saídas.

Afirma que o fiscal se equivocou no levantamento de dados, questão facilmente depreendida dos demonstrativos que ora anexa (DOC. 03), cujas informações estão e sempre estiveram disponíveis no banco de dados da SEFAZ/BA, em função da emissão de NF-es e da entrega de arquivos durante a Fiscalização.

Explica que, apesar de ter disponíveis todos os dados, a Autuante se pôs a apurar o ICMS do período com base em estimativas e percentuais absolutamente inaplicáveis ao caso concreto. Destaca que, a partir das entradas declaradas, presumiu que os produtos adquiridos, para fins de tributação, houvessem sido vendidos na mesma proporção de ingresso – e com margens de lucro indistintas.

Chama atenção para a utilização de estimativas e percentuais na tentativa de se avaliar eventuais discrepâncias de valores que só se justifica quando o Fisco não dispõe de informações suficientes que embasem a sua apuração. Todavia, pontua que no caso de uma empresa como a Autuada, cujas obrigações acessórias estão todas em dia, o Fisco tem à sua disposição, em formato eletrônico, todos os registros de entradas e saídas do estabelecimento, com especificação do produto, da NCM e da classificação fiscal.

Diz ser absurdo que, em um momento de Fiscalização, o Agente Estadual ignore as informações exatas e específicas que detém e se baseie apenas em estimativas e proporcionalizações para apuração do imposto devido, ou seja, lastreado em presunção sem amparo legal.

Pede pela anulação do Auto de Infração impugnado.

No mérito, clama pela nulidade do Auto de Infração devido à impossibilidade de autuação com base em presunção sem amparo legal. Afirma que a descrição do Auto de Infração não é relacionada a causa alguma para a suposta falta de recolhimento, o que já demonstra a sua imprecisão. Diz que foi violado o art. 21, I da Lei Complementar nº 123/2006, o que nada esclarece acerca do fato ocorrido.

Registra que ao se analisar as planilhas anexadas pela Autuante, constata-se que foi utilizada a seguinte fórmula para proceder à autuação: presumiu-se que a substituição tributária referente às saídas deveria ser necessariamente proporcional à substituição tributária havida na entrada. Acrescenta que também foram consideradas margens de lucro indistintas para todos os diversos tipos de mercadorias comercializadas e que tal modo de proceder enseja a nulidade total do Auto de Infração.

Esclarece que, além da presunção realizada não encontrar amparo legal, mostra-se inaplicável ao caso porque todos os documentos e informações referentes às saídas dadas pela Autuada foram disponibilizadas à SEFAZ em formato eletrônico. Ademais, analisando informações, devidamente relacionadas no DOC. 03, constata-se que as presunções realizadas pela Autuante destoam dos fatos fiscais e tributários efetivamente verificados. Assim, sustenta ter uma nítida violação ao princípio da verdade material, ao tempo em que se recorre a uma tributação notadamente em desacordo com o respectivo fato gerador.

Sustenta a não ocorrência da infração indicada no Auto de Infração, referente ao efetivo e correto recolhimento do ICMS-Simples Nacional, devido no período autuado. Ressalta que os valores encontrados apontados na coluna “B.C. Omissão de Recolhimento” foram obtidos através da mera aplicação de percentuais, havendo a Autuante considerado que a proporção da substituição tributária na saída deveria necessariamente corresponder àquela da entrada.

Aduz que a presunção feita pela Autuante é claramente descabida, vez que os valores de substituição tributária nas entradas e nas saídas não correspondem e nem tão pouco teriam que corresponder.

Destaca dois motivos principais: “I) não há qualquer disposição que permita ao Fisco inferir que todos os diversos tipos de mercadorias adquiridas com substituição tributária serão alienados com as mesmas margens; II) a Autuada, por óbvio, não venderá seus estoques na exata proporção da sua aquisição – e a tributação para fins de ICMS é sempre específica para cada item vendido”.

Outrossim entende que a autuação só se justificaria se a Autuante verificasse que parte das mercadorias substituídas adquiridas pela Autuada não constava nem nos seus estoques, nem nas saídas que realizou, o que demandaria uma análise conjunta do estoque e das operações de entrada e saída – e não uma simplória proporcionalização, absolutamente dissociada dos fatos geradores ocorridos.

Disse que, na prática comercial, as empresas trabalham com margens de lucro diferenciadas para diferentes mercadorias. A margem de lucro pode ser alta para um determinado produto e ínfima para outro item, de modo que a proporção entre os valores das vendas e das compras, em virtude disso, dificilmente terão correspondência.

Afirma que possui maior margem de lucro sobre as mercadorias substituídas, o que faz com que necessariamente a proporção dos valores na saída sejam superiores aos valores dispendidos em suas compras. Também que não vende suas mercadorias sujeitas e não sujeitas à substituição tributária na mesma proporção na qual as adquire; óbvio que, em função da demanda de seus clientes, algumas mercadorias serão vendidas quase que instantaneamente, enquanto outras

ficam mais tempo no estoque. Reitera que a tributação das saídas, como se sabe, é feita por item específico, ou seja, de acordo com o respectivo fato gerador envolvendo a mercadoria que está sendo vendida, e não obtida a partir da média apurada nas operações de entrada.

Pontua que não há nenhum parâmetro lógico que permita a análise realizada pela Autuante – a não ser que a Autuada estivesse a sonegar informações e descumprir obrigações acessórias, o que não foi sequer cogitado na autuação, vez que todas as informações requeridas foram disponibilizadas.

Portanto, ao encontrar itens que deveriam ser vendidos como normalmente tributados sendo vendidos como sujeitos à substituição tributária, a Autuante teria fundamento para afirmar a ocorrência da infração aludida. Todavia, não procedeu de tal forma, recorrendo, como já repetido à exaustão, a uma descabida proporcionalização, que não condiz com os fatos geradores efetivamente verificados, ferindo de morte o princípio da verdade material que rege o Direito Tributário.

Apresenta a este Egrégio Conselho todas as saídas do período fiscalizado, de forma analítica, com especificação de valor, NCM e CFOP utilizado (DOC. 03), a fim de que seja examinada e verificada a exatidão de suas declarações e recolhimentos no que tange ao ICMS-Simples Nacional. Refuta expressamente que os valores de receita da venda de mercadoria tributada encontrados – na verdade presumidos – pela Fiscalização, ao tempo em que destaca, mais uma vez, que os valores constantes dos demonstrativos acostados a esta Impugnação estavam e estão disponíveis para o Fisco, posto que correspondem a documentos eletrônicos.

Reitera que as receitas efetivamente auferidas nas classificações “tributada normalmente” e “sujeitas à substituição tributária” correspondem àquelas que declarou em sua DASN, não havendo qualquer equívoco na sua declaração, tampouco recolhimento a menor de ICMS. Consequentemente, pugna pela declaração de total improcedência da autuação, desconstituindo-se na íntegra o débito fiscal lançado.

Requer a anulação do Auto de Infração ora impugnado, vez que lastreado exclusivamente em presunção desprovida de amparo legal e totalmente discrepante da verdade material. Subsidiariamente, requer seja declarada a improcedência da autuação, vez que inexistiu a falta de recolhimento presumida pela Fiscalização, decorrente de uma estimativa das saídas, sem qualquer amparo fático, que não sobrevivem à análise do DOC. 03, correspondente a todas as saídas do período fiscalizado, apresentadas de forma analítica, com especificação de valor, NCM e CFOP utilizado, que demonstra a exatidão de suas declarações e recolhimentos no que tange ao ICMS-Simples Nacional.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como diligências, perícias, juntada posterior de documentos, pareceres e decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, análise do DOC. 03 – e de quaisquer outros documentos fiscais – por auditor estranho ao feito, inclusive em contra prova e revisão do lançamento.

Na informação fiscal prestada, fls. 91/92, o autuante, inicialmente, faz descrição dos fatos da autuação e reproduz a peça defensiva resumidamente.

Assevera que a lavratura do Auto de Infração obedeceu a todos os requisitos previstos na legislação vigente, que a descrição dos fatos é clara, o período fiscalizado, a indicação dos demonstrativos elaborados (Anexos 1, 2 e 3), e o banco de dados que serviram de base para o levantamento, atendendo assim os requisitos de clareza e precisão dos fatos, que os demonstrativos produzidos durante o levantamento foram entregues à autuada conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos (fls. 66 e 67) em mídia, cuja cópia também foi anexada ao Auto de Infração (doc. 65) e que o programa utilizado para a elaboração dos cálculos e aceite pelas Egrégias Turmas do Consef, atende a todos os requisitos do RPAF/BA descabendo, portanto, todas as alegações de que as planilhas são confusas, vez que os mesmos detalham com precisão as informações confrontadas.

No mérito, a alegação da autuada de que não foram consideradas as margens de lucro diferenciadas para cada mercadoria, não se aplica ao caso em análise, pois o regime do Simples

Nacional auferir os tributos que lhe são afetos, tomando-se por base a aplicação de alíquota específica sobre a receita bruta auferida no mês, sendo-lhe diretamente proporcional, ou seja, o regime de tributação do Simples Nacional toma como parâmetro de tributação o faturamento da empresa, não a classificação tributária da mercadoria.

Acrescenta que consta no processo às fls. 07 e 17 o ANEXO GERAL 1 - PROPORCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELAS COMPRAS, no qual estão demonstrados os percentuais utilizados para deduzir do cálculo do ICMS os valores referentes às mercadorias sujeitas à substituição tributária. Afirma que foram considerados os valores referentes às aquisições de mercadorias conforme notas fiscais eletrônicas, disponíveis nos arquivos da SEFAZ, por se tratar de valores mais próximos da realidade, tudo conforme preceitua a Lei Complementar nº 123/06, combinada com a Instrução Normativa SAT nº 56 de 21/09/2007.

Ao fim, solicita a Procedência do presente Auto de Infração.

Na fl. 95, a 5ª JF diligenciou à INFAZ Varejo, em Pauta Suplementar, para que o autuante ou outro auditor fiscal designado elaborasse novos demonstrativos que permitam esclarecer o cálculo do imposto exigido no Auto de Infração e/ou explique passo-a-passo como foram encontrados os respectivos valores. Após deliberada, o órgão competente deverá entregar ao autuado, mediante recibo, cópia do resultado da diligência, inclusive os documentos elaborados, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias, para manifestação.

Na conclusão da diligência, a autuante presta manifestação fiscal, à fl. 100, informando que o programa utilizado para elaboração dos cálculos do ICMS que deram origem ao Auto de Infração em análise foi o AUDIG, o qual já é conhecido e aceito por este CONSEF.

Disse que o levantamento foi efetuado com base nos dados constantes nos arquivos da SEFAZ (TEF, Arrecadação, Notas Fiscais de Entradas e Saídas eletrônicas), nos arquivos da Receita Federal (PGDAS/DASN) e nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte (NF de saídas mod. 1 e D-1 e MFD). Salaria que todos os dados utilizados foram anexados ao Auto de Infração em CD (constante no envelope à fl. 65) cuja cópia foi entregue ao contribuinte conforme recibos às fls. 66 e 67.

Esclarece que, tendo em vista a descontinuidade do programa gerador (AUDIG VERSÃO 1-21) no qual foram processados os cálculos e, na impossibilidade de verificar eventuais “inconseqüências”, a Autuante sugere que seja feita nova verificação sob a égide da versão atual do programa (AUDIG VERSÃO 1-23). Acrescenta que em vista do princípio da ampla defesa, seja feita nova intimação ao autuado para que este junte os documentos solicitados referentes ao período e outros documentos que considerar necessários, dando novo prazo para tal e consequente reabertura do prazo de defesa, após a conclusão do trabalho revisado por esta informante. Pede o encaminhamento do PAF ao setor competente.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. As ocorrências referem-se aos meses de março a dezembro de 2016 e de janeiro a julho de 2017.

Consta que a autuação está fundamentada no resultado encontrado na coluna P, do Anexo 3, e demonstrado nos Anexos 1, 2 e 3 do período fiscalizado. Também que o levantamento foi realizado com base nos dados constantes nos arquivos da SEFAZ (TEF, Arrecadação, NF-e – entradas internas e interestaduais, NF-e saídas e NFC-e), bem como nos arquivos da Receita Federal (PGDAS/DASN), e documentos apresentados pelo contribuinte (arquivos MFD, LRE).

Contudo, em análise às planilhas supracitadas, restou constatado a necessidade de diligência fiscal, haja vista que não está claro como foram encontrados os valores exigidos, no que foi então solicitado que o agente fiscal autuante, elaborasse novos demonstrativos que permitissem esclarecer o cálculo do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Assim, também foi requerido que fosse explicado, passo a passo, como foram encontrados os respectivos valores.

Em resposta, a autuante prestou os seguintes esclarecimentos:

À fl. 100, informa que o programa utilizado para elaboração dos cálculos do ICMS que deram origem ao Auto de Infração em análise, foi o AUDIG, já conhecido e aceito por este CONSEF.

Disse que o levantamento foi efetuado com base nos dados constantes nos arquivos da SEFAZ (TEF, Arrecadação, Notas Fiscais de Entradas e Saídas eletrônicas), nos arquivos da Receita Federal (PGDAS/DASN), e nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte (NF de saídas mod. 1 e D-1 e MFD). Salienta que todos os dados utilizados foram anexados ao Auto de Infração em CD (constante no envelope às fl. 65), cuja cópia foi entregue ao contribuinte, conforme recibos às fls. 66 e 67.

Esclarece que, tendo em vista a descontinuidade do programa gerador (AUDIG VERSÃO 1-21) no qual foram processados os cálculos, e na impossibilidade de verificar eventuais “inconseqüências” (sic), o que deve ser inconsistências, a Autuante sugere que seja feita nova verificação, sob a égide da versão atual do programa (AUDIG VERSÃO 1-23).

Acrescenta que, em vista do princípio da ampla defesa, seja feita nova intimação ao autuado para que este junte os documentos solicitados referentes ao período e outros documentos que considerar necessários, dando novo prazo para tal e consequente reabertura do prazo de defesa, após a conclusão do trabalho revisado por esta informante. Pede o encaminhamento do PAF ao setor competente.

Ocorre que da análise do conteúdo dessa diligência, a qual encontra-se na fl. 100, constato a fragilidade com que foram elaborados os demonstrativos de fls. 07 a 26, mormente por ter havido a descontinuidade do programa gerador (AUDIG VERSÃO 1-21), no qual foram processados os cálculos.

Ademais, a própria autuante sugere que seja feita nova verificação, ou seja, nova ação fiscal, desta feita sob a égide da versão atual do Programa (AUDIG VERSÃO 1-23), por haver impossibilidade de verificar eventuais inconsistências do levantamento anterior que gerou o presente Auto de Infração.

Em sendo assim, diante da fragilidade da autuação e da insegurança na determinação da base de cálculo e do *quantum debeatur* do ICMS, aplico o disposto no art. 18, IV do RPAF/99, para declarar a nulidade da autuação. Assim, entendo que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o montante do débito tributário.

Conforme o Art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade fazendária que a ação fiscal seja renovada, para que haja a sua repetição, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110419.0018/17-2**, lavrado contra **VITAL MATERIAIS ESPECIAIS EIRELI – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR