

A. I. Nº. - 216475.0011/18-5
AUTUADO - SANTOS SANTOS COMERCIAL DE FERRAGENS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ AGNALDO DOS SANTOS SILVA e LÍVIA MATOS GOMES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/03/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0025-03/19

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO, DECLARADAS COMO ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁVEIS A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado não apresenta elementos com o condão de ilidir a acusação fiscal. Afastadas nulidades arguidas. Indeferido pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/07/2018, exige crédito tributário no valor de R\$24.435,12, acrescido da multa de 75%, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, devido a falta do recolhimento do ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado. (infração 17.04.01).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.132/135. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Afirma que, inconformado com o Auto de Infração lavrado contra sua firma em 25/07/2018, vem apresentar defesa impugnando o lançamento do crédito tributário, fazendo-o com fulcro no art.132 da Lei 3.956/1981, e nas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

Argui a nulidade da ação fiscal, pois de forma como fora elaborado, o Auto de Infração não possui respaldo legal, clareza e objetividade suficientes para conhecer o que lhe está sendo atribuído como devido, resultando na impossibilidade de uma investigação mais criteriosa e rigorosa dos itens imputados no Auto e de exercer amplamente, o seu direito de defesa, consoante o art. 18 do RPAF/99, que reproduz.

Afirma que, como o próprio instrumento de exigência tributária esclarece, o Autuante não analisou seus documentos e livros fiscais, pois se assim o fizesse, deveria por o seu visto nos respectivos livros, conforme determina o art. 214, V, do RICMS/2012, o que não ocorreu. Diz que a fiscalização não aponta quais as operações em que teria cometido as alegadas irregularidades no cumprimento das obrigações tributárias principais.

Sustenta que por ser ilíquido e incerto, o crédito tributário não poderá ser cobrado, conforme preconiza a Lei 8.630/80, no parágrafo único, art. 3º. Assevera que, por si só, tal elemento é suficiente para que seja declarada a nulidade da ação fiscal. Requer seja o Auto de Infração julgado nulo de pleno direito, face nulidades insanáveis contidas no procedimento fiscal.

Afirma que além de nulo, o Auto de infração é improcedente, visto que ao arbitrar a base de cálculo do imposto, no pseudo erro na informação da receita e/ou alíquota, não considerou as operações com produtos, em que o ICMS foi pago mediante a antecipação tributária, seja por substituição ou pagamento antecipado, que por erro de fato, no devido pagamento das obrigações

principais, em que falece ao sujeito ativo, o Estado, a exigência do crédito tributário, como se devido fosse.

Explica que opera no ramo do comércio de materiais de construção civil, mais precisamente, os elencados no item 16 do anexo 88 do RICMS/BA, ou seja, enquadrados no regime de substituição/antecipação tributária, sem a incidência do imposto nas operações subsequentes, como no caso em tela, nas vendas do estabelecimento.

Informa que para corrigir o comprovado erro de fato, basta a leitura dos livros e documentos da autuada, pois está pacificado na jurisprudência do CONSEF, que a fiscalização deve excluir da base de cálculo do ICMS, as operações com mercadorias sujeitas ao pagamento antecipado do imposto, e para tanto, foi editada a IN 56/2007, que reproduz.

Apresenta entendimento que existe erro de informação, já que os totais da receita estão devidamente declarados, e deve ser corrigido de ofício pelo Fisco, pela análise das operações das entradas de mercadorias não sujeitas ao pagamento do ICMS, por antecipação ou substituição, utilizando-se as informações das Notas Fiscais Eletrônicas (NFe), que tem como destinatário a Autuada, capitaneadas da base de dados da SEFAZ, ou mesmo, a análise dos livros e documentos fiscais da Autuada. Não deve prosperar a hipótese de aplicação de alíquota a menor, vez que o imposto é calculado pelo aplicativo do site da Receita Federal, com base nas receitas, e já que as mesmas estão corretas, pois na peça de exigência do crédito tributário não existe a figura de omissão de receitas, o mesmo fica afastado.

Comenta que para corrigir o lançamento eivado em erros, este colegiado deve aplicar a proporcionalidade entre as entradas dos produtos tributados, isentos e outros, conforme demonstrativos, anexos ao PAF. Para provar o alegado, diz que na hipótese de não bastar aos Julgadores as razões fundamentadas, requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, como revisão por fiscal estranho ao feito, perícia nos livros e documentos contábil-fiscais da Autuada, juntada posterior de documentos, etc.

Finalmente, requer que as preliminares de nulidades e as razões de mérito sejam acolhidas e apreciadas incólumes, e em face de ausência de prejuízo a Fazenda Estadual, seja o Auto de Infração julgado improcedente.

A Autuante presta informação fiscal fls.141/147. Repete a infração imputada ao autuado. Diz que no caso presente, requereu, via intimação, o livro Registro de Entradas, justamente para dar a proporcionalidade pelas compras de mercadorias sujeitas à substituição tributária, o arquivo binário da MFD do equipamento emissor de Cupom Fiscal, PGDAS, recolhimento, se houver, da parcela do ICMS do DAS, dados esses, que se encontram também disponíveis em sistemas integrados à SEFAZ.

Diz que à vista do presente processo constata que esses documentos foram analisados, principalmente a mídia do arquivo binário, que tem toda a movimentação de saídas - vendas e todas as formas de pagamento, o que dá o fiel movimento de receita dos anos fiscalizados juntamente com o sistema TEF - Transferências Eletrônicas de Fundos, onde as empresas financeiras e administradoras de cartões de débito/crédito informa à SEFAZ a movimentação da empresa através das bandeiras dos cartões, indicando dia, valor e forma de pagamento. Acrescenta ter sido analisada também, as DASNs menos os DAS que tiveram o imposto não recolhido.

Explica que diante de tais informações, o sistema compilou os dados, cruzou as informações lá contidas, já segregando através da NCM e CFOP os produtos tributáveis, substituídos, não tributáveis, demonstrações, devoluções, etc. Afirma que o levantamento realizado utilizou as informações contidas na referida MFD, no TEF citado, nas notas fiscais emitidas, nas declarações contidas nas DASNs, onde não observou recolhimento de DAS (relação de DAE'S) dos anos fiscalizados conforme fls. 17 a 22, mesmo tendo vendido mercadorias sujeitas à antecipação parcial.

Aponta os extratos do Simples Nacional, anexados às fls. 23 a 118, onde só foi informada a revenda de mercadorias, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação (ver também demonstrativo do sistema AUDIG às fls. 119 e 120), contrariando, assim, a alegação da autuada, de não ter sido considerada as operações com produtos com o ICMS pago mediante antecipação tributária.

Assevera que os cálculos apresentados estão em consonância com o Regulamento do ICMS/12, conforme os demonstrativos da constituição dos créditos tributários anexados e entregues ao responsável, conforme recibo de arquivos eletrônicos às fls.121. Portanto, a fiscalização realizada está respaldada dentro das normas tributárias, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista inclusive na Constituição do Estado da Bahia.

Sobre a proporcionalidade pelas compras, diz que foram aplicadas no cálculo, conforme o Anexo Geral 1 anexado às fls.148/151, já que a empresa vende mercadorias sujeitas à substituição tributária, índice esse obtido, tomando-se por base os valores de compras com S.T declaradas pelo contribuinte no PGDAS.

Finaliza repetindo os demonstrativos, discriminando as notas, através das observações, no rodapé, como foram apuradas as diferenças por ter recolhido a menor o ICMS, em virtude de ter incorrido em erro na determinação da base de cálculo e consequente alíquota aplicável.

Conclui que em observância ao devido processo legal, roga seja julgada procedente a autuação, considerando que a peça da defesa não consegue ilidir a ação fiscal.

O Autuado tomou ciência da informação fiscal com os devidos esclarecimentos fls.155/156 e manteve-se silente.

VOTO

Preliminarmente, o defendente alegou ter identificado vícios que ensejariam nulidade do Auto de Infração lavrado, na medida em que não teria sido demonstrado de forma clara e precisa a infração cometida, mitigando o exercício do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, resultando na ausência dos requisitos de liquidez e de certeza na constituição do crédito tributário. Reclamou também, que a fiscalização não analisou seus documentos e livros fiscais, pois se assim o fizesse, deveria por o seu visto nos respectivos livros, conforme determina o art. 214, V do RICMS/2012.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, constato que tais alegações não possuem amparo fático e jurídico, visto que as peças necessárias e suficientes exigidas legalmente para corroborar o devido processo legal, se encontram presentes no processo.

Com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observo também, que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos, para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o *quantum* devido.

Merece registro ainda, que a alegação do Sujeito Passivo, de que a fiscalização não apontou quais as operações em que teria cometido as alegadas irregularidades não se sustenta. O fato gerador do crédito tributário, ora analisado, teve como origem dados de sua DASN- Declaração de Apuração do Simples Nacional, conforme levantamento, demonstrativo e CD, constantes nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias ao contribuinte autuado fls.121/122, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Ademais, a descrição da infração permite identificar do que está sendo acusado o contribuinte. Dessa forma, constato não ter ocorrido quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

No que diz respeito à alegação defensiva de falta de assinatura do preposto do Fisco em seus livros fiscais, observo que em decorrência do advento da Escrituração Fiscal Digital, a fiscalização prescinde desta formalidade.

Em relação à solicitação de diligência por estranho ao feito e perícia em seus livros fiscais, cabe de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos Julgadores, cabendo ao autuado demonstrar suas alegações. Assim, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores. Com fulcro no art.147, incisos I e II do RPAF/99, considero desnecessária esta diligência, e indefiro tal pedido.

No mérito, o Autuado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

Em sede de informação fiscal, a Autuante explicou o procedimento adotado na ação fiscal. Disse que inicialmente requereu, via intimação, o livro Registro de Entradas, o arquivo binário da MFD do equipamento emissor de Cupom Fiscal, PGDAS, e DAEs de recolhimento do ICMS. De posse desses documentos, analisou conjuntamente com todas as formas de pagamento das vendas realizadas pelo contribuinte, ou seja, o fiel movimento de receitas dos anos fiscalizados juntamente com o sistema TEF - Transferências Eletrônicas de Fundos, pelas vendas com cartões de débito/crédito informadas à SEFAZ.

Prosseguiu explicando que diante de tais informações, alimentou o sistema AUDIG compilando os dados, cruzando as informações lá contidas, segregando através do NCM e CFOP os produtos tributáveis, substituídos, não tributáveis, as devoluções, etc. Como resultado desse procedimento foi constatado que o contribuinte não teria declarado qualquer operação de vendas de mercadorias do regime de apuração Normal de ICMS, mesmo tendo recolhido ICMS antecipação parcial, conforme DAEs fls. 17 a 22. Apontou os extratos do Simples Nacional, fls. 23 a 118, onde só foi informada a revenda de mercadorias, sujeitas ao regime de substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação (demonstrativo do sistema AUDIG fls. 119 e 120).

Analisando os elementos que fazem parte deste processo, verifico que conforme informado pela Autuante, foi constatado que o Autuado, optante do regime do Simples Nacional, embora comercialize mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, também opera com mercadorias tributadas normalmente, ou seja, com incidência do ICMS a cada operação. Contudo pela análise de sua DASN, omitia estas operações do Fisco.

Cabe registrar, que a Autuante apurou o valor lançado de ofício, em consonância com o Regulamento do ICMS/12, conforme os demonstrativos da constituição dos créditos tributários anexados e entregues ao responsável, conforme recibo de arquivos eletrônicos às fls.121/122. Verifico que foi aplicado o índice de proporcionalidade conforme orientação da IN 52/97 no que diz respeito às operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária, que tomou por base os valores de compras declaradas pelo próprio contribuinte no PGDAS.

Assim, observo que o Autuado não trouxe à luz deste processo qualquer elemento de prova com o condão de elidir a irregularidade apurada. Cabe ressaltar, que a fiscalização, ao incluir no total das receitas informadas pelo sujeito passivo, aquelas decorrentes de suas operações com mercadorias do regime de tributação normal, ou seja, fora da substituição tributária, o autuado foi enquadrado em nova faixa de tributação nos termos definidos pelo Simples Nacional, ensejando a aplicação de nova alíquota, gerando os valores aqui exigidos de ofício.

Ante 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 **216475.0011/18-5**, lavrado contra **SANTOS SANTOS COMERCIAL DE FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.435,12**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar 123/06, e inciso I da Lei federal 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA