

PROCESSO - A. I. Nº 216475.0011/18-5
RECORRENTE - SANTOS SANTOS COMERCIAL DE FERRAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0025-03/19
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0248-12/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. RECEITAS TRIBUTÁVEIS. ERRO NA DECLARAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado não apresenta elementos com o condão de ilidir a acusação fiscal. Afastadas nulidades arguidas. Indeferido pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão da 3ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 25/07/2018, para exigir crédito tributário no valor de R\$24.435,12, acrescido da multa de 75%, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, pela constatação da seguinte irregularidade:

- 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 autuado é enquadrado no Regime Simplificado do Simples Nacional. Impugnou o referido Auto de Infração e os autos foram encaminhados à 4ª JF que exarou a seguinte Decisão, transcrita a seguir, *in verbis*:

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.

Analizando 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 inquirir 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).

Analizando 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.

O sujeito passivo, ora recorrente, inconformado com a Decisão de 1º grau, interpôs Recurso Voluntário, no qual repisou as alegações em sede de defesa. Preliminarmente, requereu a nulidade do Auto de Infração, pela ausência de elementos suficientes para se determinar, com clareza e segurança, a infração, salientou que a imputação feita está, no mínimo, incompleta, impedindo o exercício do contraditório.

Afirma que a exigência na forma posta (ilíquida e incerta) o crédito tributário não poderá ser cobrado, conforme preconiza a Lei nº 8.630/80, no parágrafo único do seu art. 3º. Por si só tal elemento é suficiente para que seja declarada a nulidade da ação fiscal.

Alega a recorrente que o Auto de Infração é totalmente improcedente, considerando o arbitramento da base de cálculo do imposto. Aponta que o fiscal autuante não considerou as operações com produtos com o ICMS pago mediante a antecipação tributária, seja por substituição ou pagamento antecipado.

Esclarece a recorrente 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 de saída subsequentes.

Salienta que já é pacificado na jurisprudência do CONSEF, que a fiscalização deve excluir da base

de cálculo do ICMS as operações com mercadorias ao pagamento antecipado do imposto, e para tanto foi editada a Instrução Normativa nº 56/2007, transcrevendo trecho da normativa.

Conclui afirmando que houve erro na exigência já que os totais da receita estão devidamente declarados, tendo sido apurado erro de fato, que 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 ELETRONICAS (NFe) que tem como destinatário a Autuada.

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, na hipótese de não bastar aos julgadores às razões fundamentadas, a Autuada 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.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário, visa combater infração única que imputa ao autuado o cometimento da seguinte infração: *“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).”*

Inicialmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, pela ausência de elementos suficientes para se determinar, com clareza e segurança, a infração, impedindo o exercício do contraditório.

Neste ponto, constato que não há como prosperar a pretensão defensiva. Isto porque, o descritivo é claro e os elementos do PAF tiveram como origem os dados extraídos de sua DASN- Declaração de Apuração do Simples Nacional, conforme levantamento, demonstrativo e CD, constantes nos autos às fls.1/122, devidamente oportunizados ao contribuinte, que exerceu o seu direito de defesa.

A recorrente invoca o art. 3º da Lei nº 6.830/80, afirmando que a exigência do crédito foi dada de forma ilíquida e incerta, requerendo a nulidade.

Da leitura do dispositivo acima citado, verifico que a normativa trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e o artigo mencionado assim dispõe:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Pelo exposto, não vejo como prosperar as alegações de nulidade, visto que o dispositivo acima corrobora no sentido de que o débito inscrito em Dívida Ativa goza da presunção de certeza, exceto quando há prova incontestada, que infirme o levantamento realizado. Até o presente feito, a recorrente apenas traz alegações e não acosta qualquer documento que desconstitua o lançamento do fisco.

Assim, concluo que o presente lançamento cumpre com os requisitos de lei, tendo sido constatados todos os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

No mérito, alega a recorrente, que o fiscal autuante não considerou as operações com produtos com o ICMS pago mediante a antecipação tributária, seja por substituição ou pagamento antecipado. Neste sentido, conclui que há falhas no processo visto que o fiscal autuante deveria ter aplicado a “proporcionalidade” entre as entradas dos produtos, tributados, isentos e outros, conforme demonstrativos, anexos ao PAF.

Avançando na análise das razões de defesa, verifico que o fiscal autuante, em Informação Fiscal, esclarece que todo o lançamento foi elaborado com base no Livro Registro de Entradas, na MFD, no TEF e no PGDAS do contribuinte. Afirma que todas as operações foram segregadas através do

NCM e CFOP para fins de cotejo dos produtos tributáveis, substituídos e não tributáveis e a proporcionalidade das receitas tributadas foi constituída pela análise dos referidos documentos, conforme fls. 143 a 151.

Analisando as peças anexas, verifico junto aos extratos do Simples Nacional do contribuinte, anexados às fls 23 a 118, que toda a receita declarada foi inserida no campo de revenda de mercadorias com substituição tributária, não obstante ter sido comprovado que realiza a compra de mercadorias tributadas, conforme comprovantes de recolhimento do ICMS-Antecipação Parcial, às fls. 17/22.

É certo que o contribuinte, optante pelo Simples Nacional, deve informar em seu PGDAS as receitas auferidas, destacadamente, de modo que o aplicativo de cálculo identifique as vendas tributadas e as sujeitas à substituição tributária. Isto porque, para as Receitas informadas no campo de Revenda com ST, o cálculo do Simples Nacional apenas contempla os impostos federais, não sendo considerando para fins de base de cálculo do ICMS, portanto, as vendas realizadas por substituição tributária.

Ocorre que, no presente caso, a recorrente comercializa mercadorias tributadas e substituídas, e declara 100% de suas vendas, considerando como se estas fossem exclusivamente de Revenda de Mercadorias sujeitas à Substituição Tributária e, portanto, não recolhendo qualquer valor a título de ICMS pelas saídas realizadas.

Em sua peça defensiva, concentra sua contestação em requerer a aplicação da proporcionalidade, consoante Instrução Normativa nº 56/2007. Não apontou para erros, nem tampouco, apresentou documentos que infirmem a infração a ela imputada.

Não há, portanto, fundamento nas alegações de defesa, visto que a proporcionalidade suscitada foi sim utilizada, conforme pode-se constatar se observado os percentuais às fls. 148 a 151. Ou seja, o demonstrativo de Apuração da Alíquota do ICMS a Recolher contempla os percentuais de proporção constituídos pelas entradas realizadas nos exercícios autuados e foi considerado para fins de exigência do ICMS.

Pelo exposto, concluo que o contribuinte não trouxe qualquer elemento que desconstitua o crédito apurado, não apontou para erros no percentual de proporção de suas receitas tributadas, nem tampouco trouxe provas do recolhimento do ICMS do período fiscalizada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **216475.0011/18-5**, lavrado contra **SANTOS SANTOS COMERCIAL DE FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, 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 nº 123/06, c/c inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS