

A. I. N° - 151936.0020/18-4
AUTUADO - AME COMERCIAL DE MATERIAIS DE ESCRITÓRIO LTDA. - EPP
AUTUANTE - IVONE SANTOS TOSTA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJFD N° 0205-04/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EMITIDAS COM DOCUMENTOS FISCAIS NÃO DECLARADAS NA DASN. a) RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. b.1) FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE RECEITA APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FISCAL. b.2) VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NORMALMENTE CONSIDERADAS COMO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Declaradas nulas as infrações, tendo em vista que no levantamento fiscal foi aplicada metodologia em desacordo com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, gerando insegurança na determinação das infrações e dos valores eventualmente devidos, além da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Auto de Infração. **NULO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/08/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$175.310,82, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração01- 17.02.01- Efetuou recolhimento a menos do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no período de abril a junho e novembro de 2014, janeiro, março, junho a setembro e novembro de 2015; abril, maio, junho e dezembro de 2016, fevereiro, maio, agosto e dezembro de 2017, no valor de R\$840,36, acrescido da multa de 75%.

Infração 02- 17.03.16- Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal- sem dolo, sem dolo, nos meses de janeiro a julho e outubro a dezembro de 2014, fevereiro, maio a agosto e novembro de 2015; fevereiro, abril, setembro e outubro de 2016, fevereiro a junho, setembro, outubro e dezembro de 2017 - no valor de R\$3.515,25, com multa aplicada de 75%.

Infração 03 – 17.04.01 –Deixou de recolher o 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, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, no valor de R\$170.955,21, acrescido da multa de 75%.

O autuado através de seu patrono apresenta defesa às fls.53 a 71, suscitando a nulidade do Auto de Infração, asseverando que autuante procedeu sem observar o devido processo legal em razão dos seguintes fatos:

Primeiro: Pela falta de intimação da Autuada para apresentação da receita declarada nas PGDAS do período fiscalizado, ou seja, de 2014 a 2017, e não do período de 2007 a 2010, como consta da intimação em anexo (Doc. 04 – fl. 12 dos autos). Diz que a intimação foi feita sem o atendimento aos requisitos legais, isto é, sem fazer referência ao período objeto da fiscalização. Portanto, é nula a intimação feita de forma irregular porque pretere o direito de defesa do autuado, consoante determina o artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Segundo: Pela inexistência e pela consequente falta de entrega à Autuada do relatório TEF. Isto porque, nas vendas com pagamentos através de cartões de débito e crédito, faz-se necessário o

cotejo das operações declaradas na escrita fiscal do contribuinte com os valores informados por financeiras ou administradoras dos cartões. Desse modo, deve ser decretada a **nulidade** do lançamento fiscal por força do que determina o artigo 18, incisos II e IV “a”, do RPAF/BA, seja pela falta de entrega de cópia do relatório TEF-DIÁRIO, seja também por não tê-lo acostado ao PAF em apreço.

Terceiro: Pela falta de apresentação do demonstrativo das NF’S segregadas da receita declaradas nas PGDAS, uma vez que diversas notas fiscais tiveram o ICMS pago pelo substituto tributário. Fato é que não se vislumbra nos autos a comprovação da entrega ao autuado dos relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentaram as acusações fiscais, de forma a proporcionar ao contribuinte plenas condições de exercer o seu direito de defesa.

Quarto: Pela Inobservância do Devido Processo Legal em Face da aplicação inadequada do roteiro de auditoria fiscal para empresas do Simples Nacional.

Após transcrever o disposto no art. 2º do RPAF/BA diz que a intenção do legislador baiano é de assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal e ressalta que tal enunciado remete aos princípios de direito inserido necessariamente na Constituição Cidadã, e assim sendo, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna.

Acrescenta que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio* pro contribuinte.

Fala sobre a função fiscalizadora, concluindo que o caso sob exame, devido aos vícios que possuem levará a decretação da sua nulidade.

Em seguida argui inobservância do devido processo legal pela falta de intimação da Autuada para apresentação da receita declarada nas PGDAS do período fiscalizado, ou seja, de 2014 a 2017, e não do período de 2007 a 2010, como consta da intimação em anexo (**Doc. 04**).

Observa que a intimação foi feita sem o atendimento aos requisitos legais, isto é, sem fazer referência ao período objeto da fiscalização. Portanto, é nula a intimação feita de forma irregular porque pretere o direito de defesa do autuado, consoante determina o artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Salienta que o lançamento do crédito tributário tem um rito, devidamente estabelecido pela legislação vigente, e não pode ser praticado livremente pelo Fisco, sendo ato vinculado, sujeito à observância dos ditames da lei, tanto de natureza material quanto formal. Sob o aspecto material, ou de mérito, cabe verificar se o tributo é ou não devido, se há ou não provas do cometimento das infrações ali arroladas. Do ponto de vista formal, deve-se observar a forma, método ou critério a ser seguido na efetivação do lançamento, inexistindo hierarquia entre um ou outro aspecto.

Assevera que se um aspecto formal deixar de ser observado, o procedimento fica viciado e sua eficácia comprometida, caso, tenha representado prejuízo para a parte. No caso sob exame, esse prejuízo houve, pois o sujeito passivo foi surpreendido por um Auto de Infração que se referia a um período de fiscalização sem que, formal ou juridicamente, lhe fosse informado que estava sendo fiscalizado, circunstância que se caracteriza como caso típico de cerceamento de defesa.

Frisa que ele não se configura como mera formalidade, sem qualquer efeito prático ou jurídico. O referido Termo de Intimação é elaborado para fazer parte do direito de defesa. O contribuinte não pode ser surpreendido com um Auto de Infração sem ter prazo e oportunidade de apresentar livros e documentos fiscais solicitados pelo representante do Estado, o que se insere no conceito do princípio da segurança jurídica, um dos mais importantes do Processo Administrativo, disposto no artigo 26, III, cujo teor transcreve.

Ressalta que não consta do PAF qualquer intimação por escrito, com a assinatura do contribuinte acusando o seu recebimento, concedendo prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas para exibição dos documentos fiscais pretendidos especificando os meses e os exercícios pretendidos a serem examinados. Desse modo constata-se existência de vício insanável que macula o lançamento tributário realizado pelo autuante, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado sem a concessão de prazo e sem Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, conforme estabelecido no artigo 28, Inciso II, do RPAF.

Transcreve decisões deste Conselho em que se posiciona pela nulidade do lançamento, em virtude da inexistência nos autos da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos.

Pede ainda o reconhecimento da nulidade do lançamento em razão da inexistência e pela consequente falta de entrega ao autuado do relatório TEF, explicando que nas vendas com pagamentos através de cartões de débito e crédito, faz-se necessário o cotejo das operações declaradas na escrita fiscal do contribuinte com os valores informados por financeiras ou administradoras dos cartões. Assim, no período para os quais não foi localizado o correspondente Relatório TEF diário por operações, a exigência fiscal não deve subsistir, ante a ausência de lastro comprobatório da efetiva ocorrência da irregularidade apurada.

Lembra que o roteiro de auditoria utilizado para apurar a omissão de saída de mercadorias tributáveis, cuja presunção legal afigura-se prevista no §4º, do inciso IV, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, cuida exclusivamente do confronto entre as informações prestadas pelas administradoras de vendas realizadas por meio de cartão de crédito e de débito com os respectivos documentos fiscais emitidos para lastrear essas operações.

Arremata que a ausência do Relatório TEF analítico diário no processo, por exemplo, assim como a falta de comprovação da entrega à Autuada, implicam cerceamento de defesa e descumprimento do devido processo legal. Incumbe, portanto, ao órgão julgador promover o saneamento do feito e proferir decisão condizente com as exigências legais, e informa que neste sentido este CONSEF tem decidido transcrevendo Ementas sobre o tema.

Acrescenta que outro motivo de nulidade é a falta de apresentação do demonstrativo das NF'S segregadas da receita declaradas nas PGDAS, vez que muitas notas fiscais tiveram o ICMS pago pelo substituto tributário. Fato é que não se vislumbra nos autos a comprovação da entrega ao autuado dos relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentaram as acusações fiscais, de forma a proporcionar ao contribuinte plenas condições de exercer o seu direito de defesa, vez que não há como se saber efetivamente qual foi o critério adotado pelo agente fiscal na quantificação da base de cálculo, e neste caso deve ser aplicado a Súmula CONSEF nº 01, consoante decisões deste órgão julgador, cujas ementas transcreve.

Aduz ainda que a metodologia utilizada pela autuante por meio do roteiro de omissão de saída de mercadoria tributável, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administrativa de cartões de crédito", se apresenta equivocada, por se utilizar de roteiro de fiscalização inadequado e dissociado da técnica, uma vez que se trata de empresa optante do regime de recolhimento simplificado.

Ressalta que o referido regime tem método específico de apuração do imposto devido. Assim, no caso em exame, nos moldes como foi apurado o débito na infração constante no referido Auto de Infração, mostra-se inadequada a metodologia de cálculo utilizada, haja vista que traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido.

Acrescenta que o Sistema AUDIG gera demonstrativos e relatórios de informações a respeito do contribuinte, especialmente para àqueles sujeitos passivos da obrigação tributária, optantes pelo Simples Nacional, como é caso dos autos. Ocorre que, no procedimento fiscal ora analisado, a fiscal autuante, não utilizou o roteiro previsto no Sistema de Auditoria Digital, ocasionando a nulidade do Auto de Infração em comento.

Esclarece que neste tipo de Auditoria são emitidos relatórios, a exemplo de “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER” e, para determinação da alíquota, deve-se considerar a receita global da empresa, ou seja, a receita omitida adicionada à receita declarada pelo contribuinte, e não serão computadas para o cálculo do ICMS as vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, valor esse que será apurado no momento da segregação da receita, conforme previsto no o § 4º do art. 18 da **Lei Complementar 123 de 14/12/2006**.

Frisa que no levantamento fiscal, são adicionadas às vendas declaradas os valores das diferenças apuradas no “levantamento de caixa” e não declaradas pelo contribuinte nos respectivos meses, encontrando-se a receita total. Deve ser realizada a segregação e apuração da omissão de receita de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme prescreve o § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada é que são apurados os débitos observando as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida LC 123/06, e devem ser considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte.

Conclui que da forma em que foi feita a apuração do imposto do auto de infração em referência, a Autuante, desconsidera o ditame legal vigente e contraria as decisões deste egrégio órgão julgador administrativo baiano, como atestam os Acórdãos que indica.

Requer que seja declarada absolutamente nula as infrações contidas no auto de infração em referência, por inobservância do devido processo legal, nos termos dos arts. 2º, 18, e 41, do RPAF Estadual, conforme já decidiu este órgão Julgador.

Finaliza solicitando a Improcedência do Auto de Infração.

A Autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 84/85, após transcrever o teor das infrações diz que da análise da peça defensiva, constata-se que os argumentos apresentados pela autuada são meramente protelatórios, não têm nenhum fundamento, além de não apresentarem nenhum fato novo que justifiquem tamanhas irregularidades tributárias.

Quanto à preliminar de IMPROCEDÊNCIA inserida na defesa, assevera ser totalmente descabida.

No que diz respeito ao mérito ressalta que a fiscalização realizada, foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando assim, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL, e que a defesa não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal e que sustentem as suas frágeis alegações.

Acrescenta que o autuado não trouxe aos autos as provas necessárias e suficientes capazes de sustentá-las, não apontando de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do ICMS exigidos no auto de infração.

Informa que a empresa foi indicada para ser fiscalizada através da Ordem de Serviço nº 504164/18 e foi intimada em 18/08/2018 (fls. 12).

Quanto à falta de intimação diz a que a mesma não procede pois basta observar o período solicitado na mesma (fls. 12), e por outro lado, a autuada desconhece a decadência, prevista no artigo 173 do CTN, que representa a perda do direito da Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 05 anos.

Esclarece que no corpo da intimação no quesito DMA/PGDAS/DASN/DAS foi marcada por um equívoco, até porque todas estas informações já constam no sistema da SEFAZ ou Receita Federal. Acrescenta que a fiscalização foi feita através da ferramenta AUDIG, a qual é inserida todas as informações (TEF, DASN, ARRECADAÇÃO, NOTA FISCAL DE ENTRADA E SAÍDA, ARQUIVO BINÁRIO/MFD) “fornecidas pela autuada”. Diante de tais informações é feito o cruzamento e o batimento pelas notas fiscais de entrada, para que à proporcionalidade da substituição tributária seja justa (fls. 14, 22, 32 e 38), vez que a autuada vinha declarando na DASN via Receita Federal,

todas das mercadorias como SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, conseqüentemente para fugir do pagamento o ICMS Simples Nacional.

Acrescenta que no momento em que a autuada tomou ciência do auto de infração, deixou de observar no corpo do auto que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal.

Opina pela Procedência do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento realizada em 08 de maio de 2019 está 4ª Junta de Julgamento Fiscal observou que para embasar a acusação fiscal foram anexadas planilhas sintéticas, fls. 14 a 45, desacompanhadas dos respectivos demonstrativos analíticos, demonstrando os valores da nova Receita Total Apurada, (infração 01), assim como a Base de Cálculo do ICMS - receita sem ST (infração 02), informadas no "Anexo 3". Também não foram anexadas as PGDAs referentes aos exercícios autuados (2014 a 2017), e o demonstrativo que apurou a proporção da substituição tributária apontada no Anexo 1.

Pelas razões expostas o processo foi convertido em diligência para que a autuante tomasse as seguintes providências:

1. Anexasse ao PAF o demonstrativo analítico que apurou: a) os valores da nova Receita Total Apurada, (infração 01); b) a Base de Cálculo do ICMS - receita sem ST (infração 03), assim como a memória de cálculo da proporcionalidade/ST;
2. Anexasse cópias das PGDAs objeto das exigências fiscais;

Após, foi solicitado que a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados no item 1, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

À autuante à fl. 98 se pronuncia, entretanto, foi observado que não foram tomadas as providências solicitadas no item 2 da diligência anterior e mais uma vez, em sessão suplementar realizada em 26 de setembro de 2019 o processo foi convertido em diligência para que o autuado fosse intimado, mediante recibo, para entrega do pedido de diligência anterior, a informação fiscal prestada pela autuante e demais anexos, fls. 98 a 205, reabrindo o prazo de defesa.

O autuado ao ser cientificado se pronuncia às fls. 213 a 216 dizendo que reitera e ratifica em todos os termos a Defesa inicialmente protocolizada, especialmente quando observa que a resposta exarada pelo Fiscal Autuante deixa de atender às solicitações de documentos essenciais ao regular processamento e exigidos pela JJF, tornando impossível o pleno exercício do direito de defesa pela Autuada.

Assevera que o Fiscal Autuante somente trouxe a colação de cópias das PGDA's do Contribuinte, deixando de colacionar o demonstrativo analítico em que fundamenta sua exigência fiscal, assim como a memória de cálculo da proporcionalidade/ST.

Assim, pela falta de apresentação do demonstrativo das NF'S segregadas das receitas declaradas nas PGDAS, entende que se impõe o reconhecimento de inobservância do devido processo legal, uma vez que muitas notas fiscais tiveram o ICMS pago pelo substituto tributário. Fato é que não se vislumbra nos autos a comprovação da entrega ao autuado dos relatórios, demonstrativos e documentos que fundamentaram as acusações fiscais, de forma a proporcionar ao contribuinte plenas condições de exercer o seu direito de defesa.

Desse modo entende que o lançamento não contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Isto porque, na situação fática falta a comprovação da origem desta no demonstrativo que fundamenta a imputação da infração. Com isto, o fulcro da autuação indicada pelo autuante se tornou incerto, gerando insegurança jurídica, cerceando o direito de defesa do autuado.

Pede a aplicação da Súmula CONSEF nº 01, cujo teor transcreve, e pede a Nulidade do Auto de Infração.

A autuante se pronuncia às fls. 218 a 219 dizendo que a autuada não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal, não apontou de forma concreta e objetiva quaisquer erros, falhas ou inconsistências em valor e/ou cálculos do levantamento fiscal.

Explica que a receita sem substituição tributária estava sendo omitida pela autua pois não estava fazendo as declarações no PGDAS junto a Receita Federal do Brasil de forma correta.

Informa os valores anuais declarados nas PGDAS das receitas sem e com Substituição tributária dos exercícios fiscalizados e os encontrados pela fiscalização apuradas através do sistema AUDIG, que é uma ferramenta oficial da SEFAZ.

Explica que no referido sistema são inseridas todas as informações fornecidas pela autuada e outras constantes no sistema da SEFAZ (notas fiscais de entradas e saídas, ICMS recolhido, Declaração no PGDAS- Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional e TED). O cruzamento das informações/batimento é feito através das Notas Fiscais de Entradas para que o AUDIG possa determinar a proporcionalidade das mercadorias com substituição tributária, fls. 14,22, 32 e 38.

Diz que todas as vendas efetuadas pela autuada através de Nota fiscal o sistema AUDIG exclui qualquer operação que não esteja com o CFOP adequado. As notas fiscais com CFOP de retorno, substituição em garantia, remessa para troca, prestação de serviço foram excluídas da base de cálculo.

Enfatiza que a autuada foi indicada para ser fiscalizada, pois as suas vendas estavam com grandes divergências nas declarações prestadas no PGDAS.

Reitera a sua afirmativa constante na Informação Fiscal relativo ao queixume da empresa no que diz respeito a intimação e opina pela Procedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento realizada nesta data o representante legal do autuado, Dr^a Milene Costa Miranda Falcão, OAB/BA nº 024.104.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menor o ICMS, em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota a menor (infração 01), omissões de saídas tributadas apuradas através de levantamento fiscal (infração 02), e falta de recolhimento do imposto 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 03).

O impugnante argui preliminares de nulidade à ação fiscal, as quais, neste momento, se analisa.

INTIMAÇÃO FEITA DE FORMA IRREGULAR- Diz que a intimação para a apresentação da receita declarada nas PGDAS, fez referência ao período de 2014 a 2017, e não ao período fiscalizado, no caso 2007 a 2010, portanto, de forma irregular, porque pretere o direito de defesa da autuada.

De acordo com a intimação anexada à fl. 12, verifico que a mesma faz referência ao período fiscalizado compreendido entre 01/01/2015 a 31/12/2007, entretanto, no tópico referente à PGDAS, foi informado equivocadamente, os exercícios de 2007 a 2010. Tal fato, não possui o condão de invalidar o mencionado documento, por se tratar apenas de um erro de digitação.

FALTA DE ENTREGA DO RELATÓRIO TEF - Assevera que nas vendas com pagamento através de cartões de débito e crédito, se faz necessário o cotejo das operações declaradas na escrita fiscal do contribuinte, com os valores informados por financeiras ou administradoras de cartões.

Não assiste razão ao autuado, pois de acordo com os papéis de trabalho anexados às fls.14 a 44, as acusações não dizem respeito às diferenças apuradas, através do comparativo entre as informações repassadas pelas administradoras de cartões de débito e de crédito, através dos “Relatório Diário Operações TEF”, e as vendas através de documentos fiscais, e sim divergências

entre os valores constantes nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte, e as receitas declaradas em PGDAS, apurando assim as diferenças, conforme se verifica especialmente no demonstrativo de fls. 17, 25, 33, 41, sendo desnecessária a apresentação do aludido Relatório TEF.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRATIVOS ANALÍTICOS - Não foram apresentados demonstrativos analíticos referentes às Notas Fiscais segregadas das receitas declarada nas PGDAS, cerceando o seu direito de defesa, pois não ficou demonstrada a apuração da base de cálculo do imposto.

De acordo com o esclarecido no item anterior, as irregularidades foram detectadas a partir do comparativo entre a receita declarada pelo contribuinte nas PGDAS, e os valores das vendas através de documentos fiscais.

Tomo como exemplo os dados relativos ao mês de abril de 2014, onde o total das notas fiscais emitidas somam o total de R\$235.940,83, e receita total declarada em PGDAS R\$235.940,83, resultando em uma diferença R\$683,00, fl.17.

Para a apuração da base de cálculo da infração 02 (omissão de receita apurada através de levantamento fiscal), foi excluído o valor referente à mercadoria sujeita à substituição tributária, após a aplicação da proporcionalidade referente àquele tipo de mercadoria, no caso 47,0722%, indicado no demonstrativo de fl.18, resultando no valor de R\$361,50.

A base de cálculo da infração 03 foi assim constituída:

Foi apurada a Receita sem substituição, aplicando o valor percentual das mercadorias sujeitas à substituição tributária 47,0722%, sobre a receita total apurada R\$235.940,83, encontrando o montante de R\$124.878,22, fl. 18. Este valor foi comparado com o total da receita declarada na PGDAS - R\$94.551,75, e deduzido o valor de R\$361,50, referente à base de cálculo apurada na infração 02, resultando no montante de R\$29.964,97, fl. 19.

A infração 01 é decorrente da infração 02, pois foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte, **declaradas** nas PGDAS, após a aplicação das alíquotas constantes no Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, correspondentes à Receita bruta acumulada auferida em 12 meses, incluindo as Receitas omitidas (infração 02).

Ocorre, que não foram anexados demonstrativos analíticos referentes às vendas mensais através de documentos fiscais, apontadas pela fiscalização como peça fundamental para o deslinde da questão. Por esta razão, o processo foi convertido em diligência por duas vezes, para que a atuante anexasse tal documento, entretanto, tal providência não foi atendida.

Ademais, observo que para a apuração da base de cálculo das infrações, foi calculado um índice de proporcionalidade das mercadorias sujeitas à substituição tributária. Após, este índice foi aplicado sobre o total das saídas com documento fiscal, para se encontrar a base de cálculo do imposto exigido.

Considerando que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/06 diz respeito exclusivamente às presunções de omissão de receitas, e no caso presente trata-se de operações acobertadas com documentos fiscais, o procedimento a ser adotado seria, com base nos documentos fiscais emitidos, separar as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e a normalmente tributada. Após, calcular o imposto sobre os totais mensais das operações tributadas normalmente, com base nas respectivas notas fiscais, o que não ocorreu.

Estes equívocos importam na insegurança da apuração da base de cálculo do imposto, e cerceamento ao direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **151936.0020/18-4**, lavrado contra **AME COMECIAL DE MATERIAIS DE ESCRITORIO LTDA. – 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, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR