

A. I. Nº - 217365.0006/18-9
AUTUADO - ALUMIVIDROS COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS FERNANDO DE ASSIS MEIRELES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/01/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0244-03/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. **2.** OMISSÃO DE RECEITAS. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **4.** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/05/2018, refere-se à exigência de R\$157.490,60 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 17.02.01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro, março a maio, julho, outubro e dezembro de 2014; fevereiro, setembro e outubro de 2015; janeiro, fevereiro, abril a setembro, novembro e dezembro de 2017. Valor do débito: R\$2.006,56. Multa de 75%.

Infração 02 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de março a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$1.468,98. Multa de 75%.

Infração 03 – 17.03.16: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sem dolo, nos meses de dezembro de 2016 a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$18.689,83. Multa de 75%.

Infração 04 – 17.04.01: Falta de recolhimento de 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 2016; janeiro a abril, junho, setembro, novembro e dezembro de 2017. Valor do débito: R\$135.325,23. Multa de 75%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 54 a 83 do PAF. Afirma que, embora reconheça o trabalho do Agente Público, apresenta equívocos de apuração, deixando de considerar a correta tributação de mercadorias e alguns aspectos específicos da legislação tributária do Estado da Bahia, bem como, deixando de considerar documentos essenciais

fornecidos pelo contribuinte, conforme se verifica no termo de arrecadação de documentos anexado pelo Autuante.

Preliminarmente, informa que toda a defesa se fundou em demonstrativos sintéticos da apuração realizada pelo Autuante, e em nenhum momento, no referido auto e na mídia fornecida, o autuado teve acesso a demonstrativos analíticos de como foram apuradas as supostas diferenças para que fosse possível a sua ampla defesa.

Diz que na mencionada mídia, o Autuante limitou-se a juntar os documentos utilizados na sua apuração, mas em nenhum momento demonstra como chegou aos números lançados. Quando questionada, a SEFAZ/BA informa que existe um sistema utilizado pelos Agentes Tributantes e estes fariam a alimentação do sistema com a documentação obtida junto ao fiscalizado e com os dados disponíveis na base de dados da SEFAZ.

Indaga como seria capaz de se defender de forma efetiva baseada em uma apuração que sequer sabe como foi feita. O que tem certeza é de que atua dentro dos parâmetros legais estabelecidos pelo Estado da Bahia, e que tem interesse em ter ciência de eventuais inconsistências em suas operações, contudo as planilhas sintéticas, que só trazem o resultado da análise do Autuante, não suprem essa necessidade.

Alega que não existe possibilidade de apontar os equívocos cometidos na composição dos números do Auto de Infração, restando prejudicada a sua defesa, uma vez que esta se baseará em conclusões em cima da análise sintética, quando teria direito ao acesso das informações de forma analítica que possibilitasse o exercício pleno do seu contraditório.

Requer a anulação do presente Auto de Infração, afirmando que a preliminar é suficiente para anular o auto combatido, contudo, no caso de este Conselho assim não entender, apresenta defesa específica dos pontos do presente Auto de Infração, dentro do limite possível, a partir da análise dos demonstrativos sintéticos juntados pelo Autuante.

Diz que o Preposto Fiscal registrou no termo de arrecadação de documentos por ele acostado aos autos, o recebimento do arquivo MFD do exercício de 2017, e procedeu a apuração deste exercício como se este não existisse. No caso concreto, acredita que possa ter havido algum tipo de inconsistência na MFD disponibilizada, uma vez que a mínima variação de um dado gerado pelo sistema é suficiente para corromper um arquivo desse tipo.

Ressalta que não se pode olvidar de que por questão de boa-fé, se o Autuante não houvesse conseguido a leitura do arquivo fornecido, caberia uma nova solicitação do arquivo ao Contribuinte. Este muito se assombrou quando recebeu o Auto ora combatido, com a informação de que sua MFD no exercício de 2017 estaria zerada, o que evidentemente acarretou apurações equivocadas de diferença de imposto a pagar, considerando que o valor da venda com cupom fiscal pelo Autuado é substancialmente maior do que das notas fiscais emitidas.

Revela que esse fato ocasionou a infração 03 e, conseqüentemente, a infração 01 do Auto de infração. Desse modo, se considerados os cupons fiscais emitidos referentes ao exercício de 2017, restará evidente a inexistência de omissão de saídas (Infração 03) e, obviamente, se não houve omissão, não há porque se cobrar ICMS sobre elas (Infração 01).

Desse modo, frente ao fato narrado, de desconsideração de documentação reconhecidamente recebida pelo Preposto Fiscal requer, liminarmente, a anulação das infrações 01 e 03.

Da análise do auto de infração ora combatido, alega que verificou alguns equívocos que levam ao comprometimento de todo o auto de infração. Como as infrações decorrerão da análise de dados equivocados, importa primeiramente apontá-los para posteriormente demonstrar como estes comprometem a lavratura deste auto e exigem o julgamento de total improcedência.

Como já mencionado no tópico anterior, alega que o Preposto Fiscal ignorou a existência da MFD no exercício de 2017. O referido equívoco o levou a apontar uma omissão inexistente de saídas

nesse período. Nesse sentido, importa o Autuado demonstrar os valores constantes em MFD apresentada ao Preposto Fiscal das suas vendas com cupom fiscal no exercício de 2017.

Assim, uma vez que ignorou as vendas com cupom fiscal no exercício de 2017, todas as apurações realizadas pelo Preposto Fiscal neste exercício estão incorretas e, portanto, as infrações a elas relacionadas devem ser prontamente julgadas improcedentes.

Para não restar qualquer dúvida quanto à existência de movimento de Redução Z neste período, o defendente informa que procede a juntada da Leitura Memória Fiscal dos meses de agosto, setembro e outubro do exercício de 2017 (DOC. 03).

Afirma que além da desconsideração supramencionada, o Preposto Fiscal também ignorou os valores declarados no Simples Nacional no mês de outubro de 2017. De acordo com o seu demonstrativo, os valores da Declaração estariam zerados. Entretanto, dentre os arquivos constantes na mídia entregue, quando da ciência do auto, consta o PGDASD do referido período, conforme imagens que reproduziu.

Conclui que não assiste razão ao Preposto Fiscal, quando este afirma que não houve valor declarado naquele período (Ano: 2017, Anexo 2, páginas 1, 2, 3 e 4 e Anexo 3, páginas 1 e 2 do Auto de Infração).

Alega que outro equívoco cometido pelo Preposto Fiscal refere-se aos descontos consignados nas notas fiscais emitidas e que não foram considerados por aquele na sua apuração, de modo que lançou os valores de desconto como omissão de receita.

A fim de demonstrar o referido equívoco, informa que colocou em planilha os valores constantes em nota fiscal. Uma vez que o período é bem abrangente, tornando impossível em tão curto período, apresentar um demonstrativo de todos os valores apontados pelo Autuante, foi realizada uma amostragem pela defesa, com análise de dois meses de cada exercício.

Destaca, ainda, que a análise não foi realizada em relação ao ano de 2017, uma vez que os valores de omissão saíram zerados, por conta da desconsideração da MFD, com exceção do mês de outubro que só existiu valor por não ter sido informado o valor declarado constante em PGDASD.

Desse modo, foram escolhidos os meses de abril e setembro de 2014, abril e maio de 2015 e setembro e outubro de 2016, conforme tabela e planilhas que elaborou.

Também alega que o Autuante ignorou as cartas de correção feitas pelo Contribuinte em relação às NFs nº 76, 78, 80, 84 e 90 (DOC. 04). Imagina que esse fato tenha ocorrido em todo o lançamento fiscal, o que evidencia ainda mais a impossibilidade de este auto de infração prosperar na forma da sua lavratura.

Em razão de serem desconsiderados os descontos consignados em notas fiscais e as cartas de correção, o Autuante encontrou o valor total das notas fiscais de R\$ 25.225,21, que equivale aproximadamente a R\$ 3.900,89 a mais (a variação se dá por conta de o Preposto Fiscal não considerar as casas decimais dos valores declarados no Simples Nacional). Diz que o valor correto, conforme demonstrado, é de R\$ 21.324,10, e assegura que inexistente diferença de base de cálculo a ensejar omissão.

Afirma que, da mesma forma, ocorre em 09/2014. Do mesmo modo, o Autuante ignorou as cartas de correção feitas pelo Contribuinte em relação às NFs nº 246, 250 e 272 (DOC. 04). Assim, mais uma vez, como desconsiderou os descontos consignados em notas fiscais e as cartas de correção, o Autuante encontrou o valor total das notas fiscais de R\$ 17.540,60, que equivale aproximadamente a R\$ 3.047,35 a mais do que o valor correto, conforme demonstrado, que é de R\$ 14.493,00. Assegura que inexistente diferença de base de cálculo a ensejar omissão.

Informa que no exercício de 2015, foram analisados os meses de abril e maio, conforme planilhas que elaborou. Existe uma diferença no valor encontrado pelo Preposto Fiscal que, como o

Autuado não teve acesso a demonstração analítica do cálculo, não sabe do que se trata. Afirma que a diferença é de R\$ 256,32.

Igualmente, o Autuante ignorou a carta de correção feita pelo Contribuinte em relação à NF nº 454 (DOC. 04). Logo, como desconsiderou os descontos consignados em notas fiscais e as cartas de correção, o Autuante encontrou o valor total das notas fiscais de R\$ 6,129,73 que equivale aproximadamente a R\$ 2.005,94 a mais do que o valor correto, conforme demonstrado pelo Autuado, que é de R\$ 14.493,00. Inexistente, portanto, diferença de base de cálculo a ensejar omissão.

Nesse mês, além de o Preposto Fiscal não ter considerado os valores dos descontos consignados em NF, ainda considerou a nota nº 505 (DOC. 05) como omissão de base de cálculo, quando a mesma consiste em baixa de estoque em decorrência de roubo de mercadoria, conforme informado no campo de informações complementares, onde cita o nº do boletim de ocorrência. Destaca que a referida nota foi emitida corretamente com o CFOP 5927 que não deve integrar base de cálculo para fins de apuração do Simples Nacional.

Por fim, analisados os meses de setembro e outubro de 2016, conforme planilhas, mais uma vez o Autuado afirma que se encontra limitado na tentativa de comprovar a inexistência apontada pelo Preposto Fiscal, isso em decorrência da falta de um demonstrativo analítico dos valores por ele encontrados. Nesse sentido, informa que tentou compor o valor das NFs emitidas, apresentado pelo Autuante.

Afirma que o Autuante considerou como base de cálculo as notas de devolução de vendas (DOC. 05). A base de cálculo para apuração do Simples Nacional abrange apenas as notas de venda de mercadoria, desse modo, contrapondo o valor apontado pela Autuante, demonstra a defesa, sua apuração na planilha que elaborou. A diferença entre o montante apontado pelo Autuante e aquele encontrado pelo Autuado corresponde ao valor por aquele apontado como diferença de base de cálculo, contudo não assiste razão a ele, posto que a base de cálculo do Simples Nacional é composta exclusivamente pelas vendas do Contribuinte.

Informa que em relação ao mês de outubro de 2016, o valor de notas fiscais emitidas encontrado pelo Autuante, coincide com o valor encontrado pelo defendente, de modo que a divergência de base de cálculo agora se deve a outro fator.

Diz que no mês de outubro de 2016, finalmente houve consideração dos descontos pelo Preposto Fiscal, no entanto, este incorreu em outro equívoco, a saber, a desconsideração das devoluções de vendas lançados pelo Autuado em seu livro de entradas, o qual foi entregue ao Autuante, conforme termo de arrecadação juntado ao auto de infração.

Ressalta que conforme a legislação do Simples Nacional, na apuração da base de cálculo, o Contribuinte deve descontar o valor correspondente às devoluções de vendas ocorridas no período. Diferente não poderia ser, se assim não fosse, o Contribuinte teria de suportar valor superior ao que de fato por ele é devido.

Desse modo, no mês de outubro de 2016, assim como ocorreu em outros meses, o Preposto Fiscal desconsiderou as devoluções informadas pelo Autuado em sua escrita fiscal. No mês em tela, a soma dos valores de devolução foi de R\$ 5.019,51, correspondente ao valor que o Preposto Fiscal apontou como diferença de base de cálculo e suposta omissão de receita. Como se vê, mais uma vez, não se tratou de omissão de receita.

Entende que todos os equívocos cometidos pelo Preposto Fiscal e demonstrados neste tópico são suficientes para reconhecer a improcedência do presente auto. Em virtude do curto tempo para a defesa, informa que só pôde demonstrar os equívocos por amostragem, contudo é necessário asseverar que os equívocos referidos ocorreram em todo o período fiscalizado, de modo que ao corrigir os referidos equívocos não haverá diferença de base de cálculo a ensejar omissão de receita.

Diz que se coloca à disposição para completar seu demonstrativo, se este Conselho assim o desejar, desde que lhe seja devolvido prazo razoável para tal.

Alega que o equívoco cometido pelo Preposto Fiscal que será demonstrado no presente tópico é responsável por 85% do auto lavrado. Neste, o Autuante afirmou que o Autuado teria deixado de recolher ICMS ao considerar receitas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído (Infração 04).

Primeiramente, ressalta que tem como atividade principal a comercialização de vidros e espelhos. Conforme o Anexo 1 do RICMS/BA, ambas as mercadorias estão sujeitas à substituição tributária.

Afirma que outra questão que precisa ser trazida à baila é a inadmissibilidade de o Estado da Bahia autuar o seu contribuinte mediante meras estimativas, quando os dados acessados pelo agente tributante estão disponíveis de forma pormenorizada, item a item. A tributação de cada produto deve ser alimentada pelo contribuinte de forma individual, e não é possível se tributar por estimativa.

Entende que este Conselho sequer deveria aceitar que autos de infração pudessem ser lavrados em forma de estimativa. Se necessário um sistema mais avançado que possibilite a análise dos dados, que o Estado providencie, mas não pode ser o contribuinte penalizado porque o sistema do Autuante é incapaz de analisar os itens constantes nas notas de entrada e saída por uma simples análise de NCM.

Registrado o inconformismo, que tem a preocupação de analisar todos os itens comprados, contrata um serviço de assessoria contábil para não restar espaços para que autos desse tipo sejam contra ele lavrados, uma vez que totalmente improcedente, passará a demonstrar o descabimento das análises do Preposto Fiscal.

Afirma que a simples análise das notas fiscais de compra por alguém que conheça o RICMS/BA e seus anexos é suficiente para reconhecer a improcedência da infração 04, uma vez que o Preposto Fiscal não aplicou a legislação tributária estadual na apuração de suas estimativas.

Informa que a maioria das mercadorias que adquiriu são oriundas de outros Estados da Federação e consistem em vidraçaria e espelhos. Tanto é assim que recolhe valor considerável a título de antecipação tributária ao Estado da Bahia mensalmente, uma vez que a sua venda figurará como primeira operação estadual, conforme disciplina o RICMS/BA. Nesse sentido, afirma que vale a pena colacionar os relatórios de recolhimento dos exercícios fiscalizados (DOC. 06).

Menciona que de acordo com o Preposto Fiscal, a tributação do Autuado deveria ser predominantemente sem substituição tributária. Dessa afirmação depreende-se que o Autuante sequer analisou as mercadorias comercializadas, caso contrário perceberia que a proporção de mercadorias sujeitas a substituição vendidas e compradas pelo Contribuinte que muito superior àquelas que não estariam sujeitas.

Para demonstrar a sua alegação, o defendente elabora planilha demonstrado a porcentagem que de fato corresponde às mercadorias sujeitas a substituição tributária tanto na entrada quanto na saída por mês, em todos os exercícios fiscalizados.

Também anexa as notas de entradas (DOC. 07), conforme livros entregues ao Preposto, um mês de cada exercício, grifando em cores distintas as mercadorias sujeitas à substituição tributária (em verde) e as mercadorias não sujeitas (em laranja), para assim, ser possível visualizar concretamente o descabimento do *quantum* alegado pelo Autuante.

Afirma que os demonstrativos acima mencionados foram elaborados a partir dos seus livros e notas fiscais de entrada, os quais foram entregues ao Preposto Fiscal. Difícil compreender a análise realizada por este para encontrar as porcentagens de substituição tributária apontadas, vez que completamente divergente da realidade dos fatos.

Informa que o exercício em que o Autuante mais se aproximou da realidade foi o de 2017, ano em que o Autuado adquiriu mais mercadorias dentro do Estado do que em outras Unidades Federativas. Justamente por conta disso que se pode concluir que o Preposto Fiscal não realizou a devida classificação das mercadorias adquiridas junto a outras Unidades Federativas, considerando todas como não sujeitas à substituição tributária.

Acrescenta que ao não considerar a tributação das mercadorias oriundas de outros Estados, o Autuante segregou de forma muito equivocada as porcentagens de equivalência das mercadorias sujeitas à substituição tributária que foram adquiridas pela empresa.

Conforme demonstrativos que elaborou, dos 48 meses fiscalizados, apenas em quatro meses as compras de mercadorias não sujeitas à substituição foram superiores às de mercadorias sujeitas. Além disso, a porcentagem de compra de mercadorias sujeitas não era um pouco superior, antes era substancialmente maior, correspondendo usualmente de 70 a 90% das compras do mês.

Também ressalta que a maioria das mercadorias adquiridas junto a outras Unidades Federativas, devem sofrer antecipação tributária quando entram no Estado da Bahia e esse tributo comporá o valor da mercadoria e, portanto, deve ser acrescido também aos valores das mercadorias sujeitas a substituição tributária para se obter a proporção correta destas sobre as compras, o que não foi feito aqui, já que apenas os valores das compras já são suficientes para demonstrar a improcedência da alegação do Preposto Fiscal.

Se observada corretamente a tributação das mercadorias adquiridas, este Conselho chegará à conclusão de que as proporções do auto estão completamente equivocadas. Dessa forma, requer o julgamento de total improcedência do auto de infração combatido, uma vez que, conforme exaustivamente demonstrado, a lavratura não se sustenta diante de todos os equívocos cometidos pelo Preposto Fiscal.

Quanto à Infração 01, diz que o Preposto Fiscal aponta uma diferença de imposto a pagar em decorrência de aplicação equivocada da alíquota ou falta de declaração de receita. Para apurar essa diferença, nos exercícios de 2014 a 2016, o Autuante acresceu os valores apontados como diferença de base de cálculo (Anexo 2, página 1 do auto) aos valores declarados pelo Autuado em PGDASD.

Alega que conforme demonstrado no tópico 3.1.2, as diferenças apontadas pelo Autuante não existem. Os valores por ele encontrados decorrem dos equívocos por ele cometidos em sua apuração, ao não considerar os descontos consignados em notas, as cartas de correção e as devoluções de venda, bem como ao incluir na base de cálculo notas de baixa de estoque e de devolução.

Quanto aos valores apontados no exercício de 2017, além dos equívocos mencionados, o Autuante desconsiderou os valores das vendas com cupons fiscais, constantes no arquivo MFD a ele fornecido pelo Autuado, bem como ignorou os valores declarados em PGDASD no mês de outubro.

Afirma que, se corrigidos os equívocos apontados, não há diferença de base de cálculo e, portanto, não há o que crescer na base de cálculo de apuração do Simples Nacional, e não há que se falar em aplicação de alíquota incorreta ou de falta de declaração de receita. Pede que este Conselho se digne a julgar pela total improcedência da infração 01.

Infração 02: Alega que nesta infração, o Preposto Fiscal utilizou-se de dois dados equivocados: a diferença de base de cálculo que, conforme demonstrado, inexistente a proporção arbitrária de substituição tributária que diverge completamente da realidade, conforme demonstrado no tópico 3.1.3.

Diz que o autuante pegou em cada mês a diferença de base de cálculo que ele considerou omissão de receita, sobre ela aplicou o percentual correspondente às mercadorias tributadas que encontrou naquele mês e sobre o resultado aplicou a alíquota exigível de ICMS no Simples

Nacional. Acrescenta que, conforme demonstrado por amostragem e aduzido anteriormente, não existe diferença de base de cálculo, antes as diferenças encontradas são decorrentes de equívocos cometidos pelo Preposto Fiscal em sua apuração e já exaustivamente demonstrado. Improcedente, portanto, esta infração.

Entende, ainda, que se houvesse algum valor a título de diferença de base de cálculo, a proporção encontrada pelo Preposto Fiscal de mercadorias não sujeitas à substituição tributária é completamente equivocada ao considerar que a venda, pelo Autuado, de mercadorias sem substituição é superior à das que estão sujeitas.

Como demonstrado, com todas as provas no presente auto (notas fiscais de entradas colacionadas pelo Preposto Fiscal, demonstrativos e livros e notas fiscais juntadas pelo defendente, por amostragem, com sinalização por tributação) a proporção de mercadoria sujeita à substituição tributária adquirida para comercialização é substancialmente superior à de mercadoria não sujeita.

A proporção correta para fins de eventuais aferições de receitas tributáveis é aquela advinda da análise fática das operações do Contribuinte, onde se verifica que em média as mercadorias tributadas correspondem a, no máximo, 30% da sua receita.

Neste sentido, assegura que inexistente a diferença de base de cálculo apontada pelo Autuante, posto que impraticável a aplicação da proporção assinalada no Levantamento Fiscal. Requer o julgamento de completa improcedência da Infração 02.

Infração 03: Alega que o Autuante deixou de considerar as vendas com cupom fiscal, pela Autuada, do exercício de 2017. Ressalta que conforme Termo de Arrecadação juntado pelo Preposto, a MFD do exercício de 2017 foi a ele entregue. Ao assim agir, o Preposto Fiscal alegou haver uma omissão que foi presumida a partir de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, ao constatar que o valor total dos documentos emitidos pelo Contribuinte seria inferior ao informado pela administradora de cartões.

Como as informações de venda de cupom fiscal não foram informadas pelo Preposto no auto lavrado, que consiste na maior parte das operações o autuado, diz que importa integrar os dados por ele apurados, de modo a demonstrar a improcedência do *quantum* por ele alegado, conforme planilha que elaborou.

Destaca que os valores informados na planilha que elaborou, o “total informado pelas administradoras” e “valor das NF” foram transcritas da planilha do Preposto Fiscal sem nenhuma análise crítica se os valores são corretos. Isso apenas para demonstrar que, se considerados os valores de Redução Z, não haveria a presente infração, uma vez que não haveria “valor com cartão sem emissão de doc. fiscais” como afirmado pelo Preposto Fiscal.

Assim, uma vez que desconsiderou os valores a título de Redução Z fornecidos, referentes ao exercício de 2017, não assiste razão ao preposto Fiscal quando afirma existir omissão de saída praticada pelo Contribuinte. Desse modo, frente aos argumentos aduzidos, requer que a infração 03 seja julgada totalmente improcedente.

Infração 04: Alega que, mais uma vez, vem demonstrar sua insatisfação frente a esse item do auto de infração. A base de dados do Estado é alimentada de forma pormenorizada; é só o Autuante querer que ele tem em mãos um relatório de todas as mercadorias compradas e vendidas pelo Contribuinte, item a item, com a descrição do produto e o NCM.

Afirma que a legislação do Estado da Bahia é clara e acessível para quem quiser distinguir a tributação das mercadorias comercializadas no mercado interno. O que se esperava era que o Preposto Fiscal fizesse uma simples análise dos produtos comercializados pelo Contribuinte, uma vez que tem acesso a essas informações. Ao atribuir a uma máquina esse papel, sem filtrar essas informações, o Preposto Fiscal lançou contra o Contribuinte injustamente um débito cujo valor histórico é de R\$ 135.325,23.

Entende que este Conselho não pode olvidar o prejuízo que um auto de infração injusto faz recair sobre o Contribuinte. Frisa que deverá pagar, no mínimo, 10% do valor do auto de infração para que um profissional o defenda, e o Estado precisaria exigir dos seus Agentes Fiscais um mínimo de responsabilidade e critério na lavratura de autos de infração, pois ao lesar o Contribuinte injustamente, pode causar dano irreparável, ainda mais em um contexto de crise econômica como o atual. E, logicamente, não é interesse do Estado quebrar o seu Contribuinte.

Alega que no caso específico dessa infração, tem a seu favor todas as suas notas de entrada e saída, bem como a legislação tributária do Estado da Bahia. A maior parte do que é comercializado é mercadoria sujeita à substituição tributária. Não se fala aqui em uma maioria mínima, mas de uma maioria substancial.

Diz que os demonstrativos trazidos no tópico 3.1.3. (que apenas fazem consolidar os dados que estão disponíveis nas notas de venda e compra, nos livros de entrada, tudo devidamente apresentado ao Preposto Fiscal, quando da fiscalização), a proporção de mercadoria substituída no total das compras corresponde em regra de 70 a 90%.

Manifesta, mais uma vez, o repúdio por essa nova prática de autuação por estimativa. No ordenamento pátrio muitas vezes se utiliza dessa modalidade, contudo sempre em situações em que é impossível se apurar os valores concretos, em decorrência de falta de dados ou documentação fiscal. O que não existe no caso em tela.

Diz que a análise pormenorizada das notas fiscais e livros de entradas do Autuado, à disposição deste Conselho, e as que o Preposto teve acesso no período de fiscalização, comprovam o total descabimento desta infração.

Acrescenta que, conforme pode-se aferir da análise dos quatro meses juntados por amostragem ao final deste processo, onde se destaca as mercadorias sujeitas e não sujeitas à substituição tributária e a consolidação das suas informações nos livros de entradas, em nenhum momento foram consideradas as receitas de vendas de mercadorias tributadas como substituídas. Assevera que todos os seus documentos fiscais estão à disposição deste Conselho para comprovar suas alegações. Assim, pede a improcedência absoluta da infração 04.

Por fim, requer seja declarada a improcedência total da autuação, vez que os valores apontados pelo Autuante decorrem tão somente de equívocos por este cometidos em sua apuração.

Protesta, também, por todos os meios de prova admitidos, tais como diligências, perícias, juntada posterior de documentos, pareceres e decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contraprova e revisão do lançamento.

O autuante presta informação fiscal às fls. 307 a 309 dos autos. Afirma que o Processo Administrativo Fiscal foi constituído obedecendo todos os requisitos que a legislação exige (Intimação, Termo de Arrecadação e devolução de documentos, planilhas com demonstrativos do débito, Auto de Infração lavrado e claramente definindo o sujeito passivo, qualificação do autuado, local, data e hora da lavratura, descrição clara e precisa dos fatos, dispositivos legais infringidos, legislação utilizada para aplicação de juros e correção monetária, intimação para cumprir ou impugnar o lançamento dentro do prazo legal, identificação do Autuante e sua assinatura nos documentos, assinatura de ciência do autuado/preposto da empresa e indicação da repartição onde correrá o processo).

Ressalta que a fiscalização realizada, que originou a lavratura do presente auto de infração, foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando assim, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no nosso ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL.

Informa que o autuado foi indicado através da Ordem de Serviço nº 501356/18, e intimado para ser fiscalizado em 24/04/2018, visto que não vinha recolhendo de forma correta o ICMS Simples Nacional. Diz que a empresa não aplicou corretamente em suas declarações do PGDAS a

proporcionalidade correta de mercadorias tributadas, em seu faturamento. Por essa razão, foram apurados os valores exigidos ora reclamados no auto de infração.

Elabora quadro para demonstrar o movimento de compras da empresa no período fiscalizado e informa que em relação ao exercício de 2014, o autuado declarou sua receita total c/ mercadorias declaradas no PGDAS – Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional o valor de R\$ 2.329.827,00, distribuídos da seguinte forma: total da receita sem ST o valor de R\$597.809,00 e total da receita com ST o valor de R\$1.732.018,00. Após inserir todas as informações no sistema AUDIG e fazer o cruzamento, constatou que o valor da receita sem ST passou a ser R\$1.745.863,43 e receita com ST passou a ser R\$601.419,47. Por outro lado, o valor das compras efetuadas sem ST foi de R\$1.697.255,69, bem como, as compras efetuadas com ST foi de R\$615.942,23, ou seja, o autuado vinha fazendo declarações incorretas, consequentemente, recolhia a menos o ICMS Simples Nacional, (fls. 16 e 17).

Também informa que no exercício de 2015, o autuado declarou sua Receita Total c/ Mercadorias Declaradas no PGDAS – Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional o valor de R\$2.822.566,00, distribuídos da seguinte forma: total da receita sem ST o valor de R\$662.310,00 e total da receita com ST o valor de R\$ 2.160.256,00. Após inserir todas as informações no sistema AUDIG e fazer o cruzamento, constatou que o valor da receita sem ST passou a ser R\$2.060.015,25 e receita com ST passou a ser R\$779.984,58. Por outro lado, o valor das compras efetuadas pelo autuado sem ST foi de R\$1.707.436,30, bem como, as compras efetuadas com ST foi de R\$679.740,38, ou seja, o autuado vinha fazendo declarações incorretas, consequentemente recolhia a menos o ICMS Simples Nacional (fls. 25 e 26).

Quanto ao exercício de 2016, diz que o autuado declarou sua receita total c/ mercadorias declaradas no PGDAS – Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional o valor de R\$ 2.427.372,00, distribuídos da seguinte forma: total da receita sem ST o valor de R\$ 620.230,00 e total da receita com ST R\$ 1.807.142,00. Após inserir todas as informações no sistema AUDIG e fazer o cruzamento, constatou que o valor da receita sem ST passou a ser R\$ 1.704.632,98 e receita com ST passou a ser R\$ 846.654,13. Por outro lado, o valor das compras efetuadas pelo autuado sem ST foi de R\$ 1.330.619,29, bem como as compras efetuadas com ST foi de R\$546.605,86, ou seja, o autuado vinha fazendo declarações incorretas, consequentemente recolhia a menos o ICMS Simples Nacional, (fls. 34 e 35).

No exercício de 2017, o autuado declarou sua receita total c/ mercadorias declaradas no PGDAS – Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional o valor de R\$ 2.059.575,00, distribuídos da seguinte forma: total da receita sem ST o valor de R\$ 717.574,00 e total da receita com ST R\$ 1.342.001,00. Após inserir todas as informações no sistema AUDIG e fazer o cruzamento, constatou que o valor da receita sem ST passou a ser R\$ 1.395.923,08 e receita com ST passou a ser R\$ 1.736.247,10. Por outro lado, o valor das compras efetuadas pelo autuado sem ST foi de R\$529.938,16, bem como as compras efetuadas com ST foi de R\$ 702.891,83, ou seja, o autuado vinha fazendo declarações incorretas, consequentemente recolhia a menos o ICMS Simples Nacional, (fls. 43 e 44).

Explica que, normalmente, a fiscalização das empresas enquadradas no Simples Nacional é realizada utilizando-se a ferramenta oficial da SEFAZ-BA (sistema AUDIG). Nele são inseridas todas as informações (Notas Fiscais de Entrada, Notas Fiscais de Saída, ICMS recolhido, TEF, Declaração do PGDAS, arquivo MFD formato binário). Quando o batimento é realizado o sistema efetua o cruzamento dos dados pelas Notas Fiscais Eletrônicas de entradas (observando o CFOP constante nos documentos). Deste modo, afirma que apurou com a máxima confiabilidade, a proporcionalidade das mercadorias tributadas e enquadradas na substituição tributária, possibilitando assim o exato cálculo do imposto devido. (fls. 15, 24, 33 e 42).

Também informa que uma vez identificada a omissão de receita, o aplicativo ajusta mês a mês a nova RBT-12 (Receita Bruta Total dos últimos 12 meses), aplica as alíquotas com a progressividade prevista na legislação.

Diante do exposto, em observância ao devido processo legal, pede procedência da autuação fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração, trata da exigência de imposto, sob a acusação de falta de recolhimento e pagamento efetuado a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O defendente alegou que não teve acesso a demonstrativos analíticos, de como foram apuradas as supostas diferenças para que fosse possível a sua ampla defesa. Na mídia, o Autuante limitou-se a juntar os documentos utilizados na sua apuração, mas em nenhum momento demonstrou como chegou aos números lançados, restando prejudicada a defesa, que se baseou em conclusões em cima da análise sintética, quando teria direito ao acesso das informações de forma analítica que possibilitasse o exercício pleno do seu contraditório.

O autuante informou que a fiscalização das empresas enquadradas no Simples Nacional é realizada utilizando a ferramenta oficial da SEFAZ-BA (sistema AUDIG). Nele são inseridas todas as informações (Notas Fiscais de Entrada, Notas Fiscais de Saída, ICMS recolhido, TEF, Declaração do PGDAS, arquivo MFD formato binário). Uma vez identificada omissão de receita, o aplicativo ajusta mês a mês a nova RBT-12 (Receita Bruta Total dos últimos 12 meses), e aplica as alíquotas com a progressividade prevista na legislação.

Observo que a Auditoria Digital – AUDIG, se trata de um banco de dados onde são inseridas informações a respeito do contribuinte, e a partir desses dados, a exemplo de entradas e saídas de mercadorias, são elaboradas planilhas visando demonstrar o resultado apurado. Portanto, AUDIG é uma ferramenta que facilita a apuração do imposto devido por empresas optantes pelo Simples Nacional.

A base de cálculo para a determinação do valor devido mensalmente pela empresa optante pelo Simples Nacional, será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência), ou recebida (Regime de Caixa), conforme opção feita pelo contribuinte. No levantamento fiscal, deve-se adicionar às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita a ser utilizada no cálculo do imposto exigido. Neste caso, devem ser disponibilizados ao contribuinte os elementos necessários à identificação dos dados relativos às omissões de receitas constatadas pela fiscalização.

A Infração 01 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro, março a maio, julho, outubro e dezembro de 2014; fevereiro, setembro e outubro de 2015; janeiro, fevereiro, abril a setembro, novembro e dezembro de 2017.

Infração 03: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sem dolo, nos meses de dezembro de 2016 a dezembro de 2017.

O primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a infração 03. Em virtude disso, os demonstrativos do item 3º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação, os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos da infração 3 também se referem à Infração 01.

O autuado alegou que os valores apurados pelo autuante, decorrem dos equívocos por ele cometidos em sua apuração, ao não considerar os descontos consignados em notas; cartas de correção e devoluções de venda, bem como, incluir na base de cálculo notas de baixa de estoque e de devolução.

Vale ressaltar, que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher por empresas do Simples Nacional, exige que se considere no cômputo da receita bruta, o total das vendas de bens, não incluindo as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme § 1º do art. 3º da Lei 123/2006, e a mercadoria da substituição tributária é objeto de segregação dessas receitas.

O autuado disse ainda, que no exercício de 2017, além dos equívocos mencionados, o Autuante desconsiderou os valores das vendas com cupons fiscais, constantes no arquivo MFD a ele fornecido, bem como, ignorou os valores declarados em PGDASD no mês de outubro. Afirmou que restando evidente a inexistência de omissão de saídas (Infração 03), obviamente, se não houve omissão, não há porque se cobrar ICMS sobre elas (Infração 01).

Quanto às receitas decorrentes de operações de vendas realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito, consta no PAF, Relatório TEF Mensal, e conforme o Recibo de Arquivos Eletrônicos, foi fornecido ao defendente o mencionado Relatório TEF Mensal, correspondente aos exercícios de 2014 a 2017. Não se constatou o Relatório Diário de Operações TEF com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito do período fiscalizado, o que não permite uma visualização completa de cada operação realizada por meio de pagamento com cartão de crédito ou de débito.

Nesta espécie de levantamento, é efetuado o confronto entre as vendas efetuadas pelo contribuinte, de acordo com os documentos fiscais emitidos, e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Infração 02: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de março a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2017.

Infração 04: Falta de recolhimento de 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 2016; janeiro a abril, junho, setembro, novembro e dezembro de 2017.

O autuado alegou, que de acordo com as provas constantes no presente auto (notas fiscais de entradas colacionadas pelo Preposto Fiscal, demonstrativos e livros e notas fiscais juntadas pela defesa, por amostragem, com sinalização por tributação), a proporção de mercadoria sujeita à substituição tributária adquirida para comercialização, é substancialmente superior à de mercadoria não sujeita.

O defendente também afirmou ser inadmissível o Estado da Bahia autuar contribuinte mediante meras estimativas, quando os dados acessados pelo agente tributante estão disponíveis de forma pormenorizada, item a item. Disse que o Preposto Fiscal não aplicou a legislação tributária estadual na apuração de suas estimativas.

Entendo que na realização de levantamento fiscal não se apura indícios, haja vista que deve ser efetuada análise dos valores constantes nos documentos fiscais, Relatório de Operações TEF do período fiscalizado e demais operações efetuadas pelo Contribuinte, exigindo-se o imposto quando resulta omissão de saída de mercadoria tributada. No caso de levantamento fiscal sobre mercadorias enquadradas ou não no regime de substituição tributária, deve ser elaborado demonstrativo dessas mercadorias proporcionando a verificação de seu enquadramento ou não no referido regime.

Na informação fiscal, o autuante não apresentou argumentos em relação aos diversos equívocos apontados pelo defendente, haja vista que informou em cada exercício fiscalizado, as receitas

declaradas pelo defendente no PGDAS. Disse que após inserir todas as informações no sistema AUDIG e fazer o cruzamento, apurou novos valores das receitas com e sem Substituição Tributária.

Vale salientar, que no roteiro de Auditoria AUDIG, consta um Anexo destinado à proporcionalidade das mercadorias da Substituição Tributária, nas mesmas situações previstas no PGDAS. No levantamento fiscal, o autuante deve indicar as receitas mensais de mercadorias, o total da receita apurada, encontrando a proporção das mercadorias da substituição tributária.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas. Neste caso, tendo sido apurada omissão de receita mediante levantamento fiscal, cabe ao autuante juntar a comprovação inequívoca da irregularidade apurada, permitindo ao autuado o exercício da ampla defesa e do contraditório, sendo indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal.

No caso em exame, não é possível atestar de forma inequívoca, que os dados inseridos no AUDIG, relativamente à omissão de receitas, sejam exatamente aqueles constantes nos documentos utilizados pelo Contribuinte, o que traduz fragilidade no procedimento que apurou os valores autuados, em desacordo com os princípios da verdade material e ampla defesa. Trata-se de vício insanável, sem possibilidade de correção por meio de diligência fiscal.

Outro ponto que merece destaque, é a ausência do Relatório Diário por Operações – TEF, o que impossibilita fazer o confronto dos valores constantes no mencionado relatório, com o resultado apurado no levantamento fiscal, em cada operação nos exercícios fiscalizados.

O Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em provas concretas, e neste caso, o procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, por não ter sido seguido o devido processo legal, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa. Ou seja, há incerteza quanto ao imposto lançado, por ausência de elementos para se determinar, com segurança, a infração.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez a infração, impõe-se sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo de incorreções.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 217365.0006/18-9, lavrado contra **ALUMIVIDROS COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA.**

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”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA