

PROCESSO - A. I. N° 102148.0039/21-4
RECORRENTE - JOB PRODUTOS VETERINÁRIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0163-02/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0318-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. PAGAMENTO COM CARTÃO CRÉDITO E/OU DÉBITO. VALOR INFERIOR AO INFORMADO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, já que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Os dados do levantamento fiscal não foram contestados na forma prevista no Art. 123 do RPAF/99. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/12/2021, em razão da seguinte irregularidade:

***Infração 01 - 01.02.02:** Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a setembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 232.626,23, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.*

A 2ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0163-02/23-VD (fls. 706 a 715), com base no voto a seguir transcrito:

“Como acima relatado, o presente auto conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 005.008.001 (Omissão de saídas de mercadorias tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito)

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documento/recibo autuados à fl. 03, bem como do que se depreende das manifestações de defesa e acusação, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 04-635), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à

homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Ora, o Auto de Infração exige ICMS e sanciona o contribuinte em face da clara constatação do não recolhimento do imposto devido em face da não emissão de documento fiscal relativa a venda de mercadorias tributáveis, cujo pagamento ocorreu via cartão de crédito e/ou débito, conforme autorizações indicadas no Relatório Diário Operações TEF no curso do exercício 2020, autuado às fls. 174-635 e demonstrativo de apuração do imposto devido (fl. 54).

Admitindo que a autuação se funda na informação TEF indicada, o Impugnante alega: **a)** nulidade do Auto de Infração por ilegal quebra de sigilo bancário; **b)** “provável” cobrança de imposto em duplicidade porque “todas as movimentações financeiras consideradas no presente auto de infração correspondem às supostas operações não escrituradas apuradas no Auto de nº 1021480038/21-8”; **c)** improcedência da infração porque “a grande maioria das mercadorias comercializadas pela Autuada está acobertada pela isenção” e “as que não são isentas são tributadas pelo regime de substituição tributária parcial”; **d)** existência de “crédito de ICMS apurado pela Impugnante em 2019 e transportado para o exercício de 2020” (R\$ 81.116,12) não subtraído do imposto considerado devido. **e)** desconsideração do ICMS recolhido na entrada da mercadoria “o qual é objeto de abatimento quando do pagamento do diferencial da alíquota interna”; e **f)** inconstitucionalidade da multa de 100% que, se mantida, deve ser reduzida para 10%.

Passo a apreciá-las:

a) Nulidade do Auto de Infração por ilegal quebra de sigilo bancário:

Rejeito a nulidade suscitada pelas seguintes razões:

A uma, porque, confirmada pelo próprio Autuado, a exação resulta do cruzamento das informações dadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito ao fisco estadual, referente ao valor de cada operação ou prestação efetuada pelo contribuinte no período compreendido pela ação fiscal, por força da obrigação prevista no art. 35-A da Lei 7014/96.

A duas, porque o art. 6º da Lei Complementar 105/2001 (Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências), permite que os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e os agentes fiscais dos Estados e Municípios examinem livros e registros das instituições financeiras, desde que esses exames sejam considerados indispensáveis ao desenvolvimento de procedimento em curso, como foi o caso, entendimento, inclusive, confirmando pelo Supremo Tribunal Federal no RE 389.808/PR, em decisão de 15/12/2010.

A três, porque o CTN (art. 198) estabelece que informações relativas à movimentação financeira utilizadas pelo fisco estadual continuam sujeitas ao sigilo fiscal, uma vez que a quebra do sigilo somente ocorre caso a Fazenda Pública ou seus servidores às divulguem a terceiros não autorizados pela Lei.

Em outras palavras, como visto no caso em apreço, o uso das informações fornecidas por instituição financeira não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados.

Ressalte-se que as informações das instituições financeiras presentes no banco de dados da SEFAZ apenas são acessados no curso de procedimento previamente instaurado por prévia Ordem de Serviço que, no caso, foi a O.S. 503137/21, identificada na fl. 01 do AI, de modo que, em verdade, o conteúdo do art. 6º, da LC 105/01 visa evitar a simples “bisbilhotagem” dos dados financeiros dos contribuintes por interesse particular, devendo ser preservado o sigilo dos dados da mesma forma que as instituições financeiras preservam.

Destaque-se, também, que o Autuado teve prévia e integral ciência do que estava sendo analisado, tendo recebido cópia de todos os documentos que compõem o AI, inclusive o relatório detalhado das operações financeiras referentes à cartão de crédito, conforme recibo firmado à fl. 03 do PAF, não havendo falar, pois, em nulidade da autuação.

b) “Provável” cobrança de imposto em duplicidade porque “todas as movimentações financeiras consideradas no presente auto de infração correspondem às supostas operações não escrituradas apuradas no Auto de nº 1021480038/21-8:

Impertinente essa alegação, porque ainda que de um mesmo período, os autos não se confundem. São distintos e possuem diferentes bases de cálculo de ICMS.

Como se vê no demonstrativo suporte de fl. 54, resumindo os elementos de prova dos autos, o AI nº 1021480038/21-8 registra o cometimento da infração 002.001.002 (“Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”), cujo débito decorre das operações de vendas registradas nas Notas Fiscais Eletrônicas de Saídas - NF-es (Coluna “b” e

demonstrativo analítico fls. 87-112) e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas - NFC-es (Coluna "c" e demonstrativo analítico fls. 55-86), deduzindo-se o crédito fiscal de direito destacado nas Notas Fiscais de Entradas.

O presente AI cuida da infração 005.008.001 ("Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativa a vendas cujos pagamentos ocorreram mediante cartão de crédito ou débito elencados/identificados no Relatório Diário de Operações TEF (fls. 174-635; Valores periódicos/mensais indicados no relatório Registro de Informações TEF – Anual, Operações ocorridas em 2020 – fl. 173) sem emissão de correspondente documento fiscal de saída, pois deduzido dos valores objeto do outro AI, sobre as diferenças restantes (Coluna "e" do demonstrativo de fl. 54, aplicando-se o percentual relativo à proporcionalidade das mercadorias tributáveis comercializadas (Coluna "f" – índice não objetado pelo Impugnante), apurou-se a base de cálculo da presumida venda sem emissão de documento fiscal (Coluna "g") que, aplicando-se a alíquota interna resulta no ICMS corretamente constituído neste Auto de Infração.

c) Improcedência da infração porque "a grande maioria das mercadorias comercializadas pela Autuada está acobertada pela isenção" e "as que não são isentas são tributadas pelo regime de substituição tributária parcial".

Observando que tendo elementos e oportunidade para tanto, o Impugnante não apontou erro material quanto aos dados do levantamento fiscal, nem em seus demonstrativos suportes, especialmente quanto ao demonstrativo sintético de fl. 54, que informa o cálculo do imposto com base na Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, em Operações sem Emissão de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, apenas cobrando ICMS sobre as operações com mercadorias tributáveis, também é impertinente a alegação defensiva, pois:

SOBRE A ISENÇÃO PREVISTA NO INCISO XVIII, DO ART. 264 DO RICMS-BA, C/C A CLÁUSULA TERCEIRA DO CONVÊNIO ICMS 100/97

O contribuinte autuado tem como Atividade Econômica Principal o comércio varejista de animais, artigos e alimentos para animais de estimação (Código 4789004) e a isenção (total ou parcial), prevista nas normas legais citadas pelo Impugnante se destina a saídas de insumos agropecuários. Portanto, não alcança operações da atividade econômica do contribuinte autuado.

SOBRE A APURAÇÃO DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Vê-se na planilha às fls. 114 a 136 relacionando as mercadorias tributáveis adquiridas para comercialização no período abrangido pela autuação, que todos os Códigos da Situação Tributária (CST 000 – Tributado Integralmente; CST 101 Simples Nacional com permissão de Crédito; CST 102 Simples Nacional sem permissão de Crédito; CST 020 Redução de Base Cálculo; CST 400 – Nacional; cuja produção tenha sido feita em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam o Decreto-Lei nº 288/67 e as Leis nºs 8248/91, 8387/91 e outras; e CST 900 – Simples Nacional – Outros) registram operações sem encerramento da fase da tributação para o caso.

Ademais, no demonstrativo do cálculo do imposto com base na Transferência Eletrônica de Fundos – TEF, em operações sem emissão de NF-e, vê-se excluído no levantamento fiscal, o percentual de 26,48% relativo a operações com mercadorias não tributáveis, proporcionalidade que afrontando a forma indicada no art. 123 do RPAF para o exercício do direito de defesa, sequer foi contestada pelo Impugnante, ainda que possuindo os suficientes elementos para tanto.

c) Existência de "crédito de ICMS apurado pela Impugnante em 2019 e transportado para o exercício de 2020" (R\$ 81.116,12) não subtraído" do imposto considerado devido.

d) Desconsideração do ICMS recolhido na entrada da mercadoria "o qual é objeto de abatimento quando do pagamento do diferencial da alíquota interna"

Tratando-se de contribuinte excluído do Simples Nacional mediante regular processo administrativo (docs. fls. 08-10), para o que interessa ao caso, cabe reproduzir a seguinte disposição legal:

RICMS-BA

Art. 225. O livro Registro de Inventário, modelo 7, destina-se aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional para arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço (Conv. S/Nº, de 15/12/70).

Art. 226. O contribuinte também escriturará livro Registro de Inventário, na forma prevista no art. 225, referente às mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação existentes em estoque:

(...)

II - no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a mudança do regime de apuração do imposto de conta-corrente fiscal para Simples Nacional, situação em que o estoque será valorado pelo preço de custo;

III - no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando a apurar o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, devendo especificar:

(...)

c) as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso II deste artigo, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.

Conforme se vê nos documentos de fls. 20, 21, 22, 23 e 24, o contribuinte foi reiteradamente intimado no curso da ação fiscal e antes da lavratura do AI (26/08, 01/09, 06/09, 13/09 e 05/10/2021) para efeito do crédito fiscal previsto no art. 226, III, "c", do RICMS-BA, mas ele não atendeu às intimações de modo a oportunamente auferir o crédito porventura de direito, e o AI foi corretamente lavrado.

Por ocasião da Defesa e em desconformidade com a normativa acima reproduzida, o sujeito passivo alegou direito a um crédito fiscal de R\$ 81.116,12.

Sem embargo, tratando-se de uma infração em que a exação tem por fundamento a confirmada presunção de omissão de saída de mercadoria tributável sem emissão do correspondente documento fiscal, é de se ter em conta que o eventual crédito de direito em face da exclusão do contribuinte do Simples Nacional não repercute no caso presente.

Assim, considerando que: a) os dados do levantamento fiscal não foram objetivamente contrastados; b) a materialidade da acusação fiscal não foi elidida na forma indicada pelo art. 123, do RPAF; c) eventual direito a crédito fiscal em face da exclusão do contribuinte do Simples Nacional deve ser objeto de outro específico procedimento administrativo mediante apresentação dos elementos da prova requerida para tanto; d) a multa proposta, bem como os acréscimos são os legalmente previstos para a infração; e) a possibilidade de redução da multa consta nos arts. 45 e 45-B da Lei 7014/96 (reproduzidos na fl. 2 do AI); e f) por faltar-lhe competência jurisdicional, a inconstitucionalidade/ilegalidade de norma vigente não pode ser apreciada em foro administrativo, tenho a infração como subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 725 a 735), nos termos do Art. 169, I, "b" do RPAF/99, onde, após um breve relato dos fatos, suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o procedimento fiscal somente foi instaurado após a obtenção das suas informações bancárias, sendo falsa a afirmação de que tal acesso se deu no curso do procedimento, em total desconformidade com a condição fixada no Art. 6º da Lei Complementar nº 105/01.

Aduziu que improcede a arguição de que não houve a quebra de sigilo, já que, uma vez transportadas as informações bancárias para o processo administrativo, por ser este público, acessível a todos aqueles que queiram visitar os autos administrativos, não há que se falar em manutenção de sigilo na seara administrativa fiscal.

Afirmou que o Auto de Infração em tela foi lavrado de forma concomitante ao Auto de Infração nº 102148.0038/21-8, em relação ao mesmo período de apuração, com ambos acusando a existência de operações de venda não escrituradas, sendo certo que todas as movimentações financeiras consideradas no presente Auto de Infração correspondem às supostas operações não escrituradas apuradas naquele citado Auto de Infração, havendo razões evidentes para a improcedência de, pelo menos, um dos Autos de Infração citados acima, sob pena de, efetivamente, se consolidar cobrança de ICMS em duplicidade.

Disse que a sua atividade econômica principal da empresa não tem o condão de afastar o direito de isenção de ICMS sobre as operações de venda com insumos agropecuários, vez que tal benefício está vinculado à natureza do produto, tendo demonstrado que os produtos comercializados, quando não isentos, conforme previsão do Art. 264, XVIII do RICMS/12, cumulado com o Convênio ICMS nº 100/97, são tributados pelo regime da substituição tributária, a exemplo de rações para animais domésticos, onde todo o ICMS devido já foi pago pelo remetente da mercadoria.

Acrescentou que as mercadorias que não são isentas são tributadas pelo regime da substituição tributária parcial, o que torna evidente a impossibilidade de adotar como base de cálculo do ICMS todos os valores apresentados pelas instituições financeiras, sem subtrair destes o valor recolhido a título de antecipação parcial, bem como sem considerar o direito ao crédito fiscal correspondente à entrada das mercadorias.

Alegou improceder a afirmação de que eventual crédito fiscal não repercute no presente auto de infração, porque não foi requerida a apuração de crédito fiscal, após intimado, relativo à sua exclusão do Simples Nacional, já que acostou planilhas ao processo administrativo, demonstrando o direito de crédito de ICMS, apurado no exercício de 2019, no valor de R\$ 81.116,12 (oitenta e um mil, cento e dezesseis reais e doze centavos), não afastando o seu direito em compensar este valor com o ICMS objeto deste Auto de Infração.

Discorreu sobre a ilegalidade e irrazoabilidade da multa aplicada no percentual de 100%, com violação dos princípios da proporcionalidade, capacidade contributiva, não-confisco e da segurança jurídica, acostando ementas de julgados, a exemplo do RE nº 754.554/GO, bem como o Art. 3º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e o Art. 61 da Lei nº 9.430/96, ambas relativas a créditos federais, mas que devem ser aplicados por analogia aos estaduais, solicitando a redução da multa ao percentual de 10%.

Requeru o provimento do presente Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida, para julgar nulo o Auto de Infração ou, caso superada a nulidade apontada, improcedente, em razão de comercializar, em sua grande maioria, produtos isentos, ou face à duplicidade de autuação envolvendo o mesmo fato gerador e mesmo período de apuração, através do presente Auto de Infração e o de nº 102148.0038/21-8, ou ainda pela nítida ocorrência de bitributação, uma vez que o ICMS, quando devido, foi pago, ainda que parcialmente, de forma antecipada, o que deve ensejar o creditamento quando do pagamento do diferencial da alíquota interna, conforme valores apurados na planilha anexada à defesa.

Pedi que, caso o Auto de Infração não seja julgado improcedente, que seja determinada a retificação dos cálculos, expurgando dos mesmos os produtos isentos e, quando não isentos, deduzindo o ICMS pago antecipadamente, além de subtrair do valor apurado o crédito de ICMS, referente ao ano de 2019 e transportado para o exercício de 2020, no valor de R\$ 81.116,12 (oitenta e um mil, cento e dezesseis reais e doze centavos).

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão da constatação de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

O Autuado acusou o Autuante de ter incorrido no crime de quebra de sigilo bancário ao acessar o seu Relatório Diário de Operações TEF, o que efetivamente não ocorreu, nos termos do Art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, transcrito abaixo:

“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

*Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, **quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso** e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente” (grifo nosso).*

Como veremos, os fatos têm que ser analisados de acordo com a lógica e a sequência cronológica, quais sejam:

- 1) Em 16/04/2021, foi emitida a Ordem de Serviço nº 501910/21 para o Autuante efetuar a fiscalização do Autuado em relação aos exercícios de 2016 a 2020;
- 2) Em 30/07/2021, no exercício das suas atividades, o Autuante teve acesso ao Relatório Diário de Operações TEF relativo ao exercício de 2020;
- 3) Em 25/08/2021, o Autuado foi excluído do Simples Nacional, sendo que passou a apurar o ICMS pelo Regime de Conta Corrente Fiscal a partir do início do exercício de 2020;
- 4) Em 10/09/2021, o Autuante lavrou um Termo de Encerramento para que a Ordem de Serviço nº 501910/21 fosse cancelada e fosse emitida uma nova Ordem de Serviço abrangendo a nova condição do Autuado, o que efetivamente ocorreu na mesma data, com a emissão da Ordem de Serviço nº 503137/21;
- 5) Em 05/10/2021, o Autuante emitiu um Termo de Intimação Fiscal para que o Autuado fizesse a comunicação relativa à escrituração do estoque e o crédito de mercadorias sujeitas ao ICMS, nos termos do Art. 226 do RICMS/12.

Analisando a cronologia dos fatos descritos acima, constato que ocorreu apenas a substituição de uma Ordem de Serviço por outra, e depois foi efetuada uma nova substituição, **mantendo o procedimento fiscal em curso**, o que não causou nenhum prejuízo ao Autuado nem implicou no cometimento do crime de quebra do sigilo bancário, conforme apontado pelo Autuado.

Ora, se o Autuante já tinha acessado o Relatório Diário de Operações TEF, na vigência da Ordem de Serviço nº 501910/21, como ele poderia “des-acessar” a mesma e depois “re-acessar” novamente as mesmas informações - isso não faria nenhum sentido lógico.

Essa acusação é muito grave, e não pode ser efetuada assim de plano, sem uma análise abrangente da situação, podendo implicar na abertura de processo administrativo e judicial, que poderia culminar até na prisão e na demissão do Autuante – realmente um absurdo!

Portanto, afasto a nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, verifico que o Autuado não trouxe elementos passíveis de elidir a autuação, tendo observado, inclusive, que foi utilizada a proporcionalidade entre as operações tributadas e o total das operações, nos termos da Instrução Normativa nº 56/07, o que desconstitui o argumento do Autuado no tocante à não consideração das suas operações não tributadas, devido a isenção ou enquadramento no regime de substituição tributária.

Destaco que este procedimento fiscal se refere à falta de emissão de documentos fiscais de saídas, posto que foram encontrados comprovantes de pagamento destas operações, e que os eventuais créditos fiscais relativos às suas aquisições de mercadorias devem ser lançados pelo Autuado em sua escrituração fiscal, no Livro Registro de Entrada de Mercadorias e, conforme se tratar de antecipação parcial, no Livro de Registro de Apuração do ICMS.

Ressalto que o Autuado foi intimado a apresentar comunicação relativa à escrituração do estoque e o crédito de mercadorias sujeitas ao ICMS, relativo às aquisições efetuadas antes da data da exclusão do Simples Nacional, nos termos do Art. 226, III do RICMS/12, mas não o fez.

A consideração dos créditos fiscais, sejam das aquisições, antecipação parcial ou do estoque na data da exclusão do Simples Nacional, implicaria no refazimento da conta corrente fiscal do Autuado, o que demandaria a análise de todos estes elementos, os quais não foram fornecidos pelo Autuado.

Está totalmente equivocado o Autuado quanto à alegação de que ambos os Autos de Infração, o ora julgado e o de nº 102148.0038/21-8, se referem às mesmas movimentações financeiras, tendo em vista que este Auto de Infração foi lavrado em relação à falta de emissão de documentos fiscais em face da constatação da realização de pagamentos sem conexão com notas fiscais emitidas, enquanto o Auto de Infração nº 102148.0038/21-8 foi lavrado para exigir o ICMS das notas fiscais emitidas pelo Autuado, mas que o ICMS não foi pago, nem lançado no respectivo Livro Registro de Saídas.

Portanto, se referem a operações diferentes, as quais redundaram em bases de cálculo diferentes, não havendo duplicidade.

Ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo certo que a multa aplicada está prevista no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e que não há previsão legal para a sua redução ou cancelamento.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 102148.0039/21-4, lavrado contra **JOB PRODUTOS VETERINÁRIOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 232.626,23**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 5 de agosto de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS