

A. I. Nº - 210372.0008/19-2
AUTUADO - RIVIANE GUIMARÃES ROSALES
AUTUANTE - GENILDO VIANA SOARES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO

RETIFICAÇÃO DA RESOLUÇÃO

Retificação do Acórdão nº 0034-01/24-VD, de 22 de março de 2024, para fim de correção da resolução para a inclusão da interposição do “Recurso de Ofício” devido a erro material, conforme o art. 164, § 3º do RPAF/99.

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-01/24-VD-A

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DAS INFRAÇÕES. Não houve apresentação, por parte do autuante, de documentação/demonstrativos suficientes que comprovassem a falta de recolhimento dos valores suscitados na autuação. O procedimento, dessa forma, 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, com base no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, as infrações imputadas, implicando em decisão de ofício pela nulidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/03/2019, exige ICMS no valor histórico de R\$ 102.531,01, acrescido da multa de 75%, em razão do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 17.02.01 – “Efetuiu recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”. Nos meses de novembro e dezembro de 2017, no valor de R\$ 583,64.

Enquadramento Legal: art. 21, I da Lei Complementar nº 123/06. Multa prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

Infração 02 – 17.03.12 – “Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – sem dolo”. Nos meses de fevereiro a dezembro de 2018, no valor de R\$ 40.190,16.

Enquadramento Legal: art. 319, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 C/C artigos 18, 21, 25 e 26, da Lei Complementar nº 123/06, C/C a Resolução CGSN nº 94/11. Multa prevista nos artigos 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

Infração 03 – 17.03.16 – “Omissão de saída mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo”. Nos meses de setembro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017 e fevereiro, maio a setembro e dezembro de 2018, no valor de R\$ 37.395,77.

Enquadramento Legal: art. 18 e inciso I, do art. 26, da Lei Complementar nº 123/06, C/C art. 4º, § 4º,

da Lei 7.014/96. Multa prevista nos artigos 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

Infração 04 – 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 setembro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; e janeiro a outubro de 2017, no valor de R\$ 24.361,44.

Enquadramento Legal: art. 18, § 4º, II da Lei Complementar nº 123/06. Multa prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 03/04/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 03/06/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 52/62. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos à fl. 66.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia abordando as seguintes preliminares de mérito:

AUSÊNCIA DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL:

Pugna pela anulação da autuação por esta não apresentar as formalidades legais e necessárias para a sua validade e eficácia, isso porque, quando da sua apresentação (pelos correios), deveria estar acompanhado pelos documentos fiscais indispensáveis que comprovem a ocorrência do fato gerador, dos levantamentos fiscais elaborados pelo fiscal autuante, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Alega que o autuante não usou da cautela necessária na condução da autuação, inclusive, quanto à notificação da autuada. Cita a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação Cível AC 146766/RJ.

CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA:

Argumenta que na documentação recebida, objeto desta autuação, não há informação suficiente sobre a ocorrência do fato gerador, isso porque, não se tem a informação acerca da confirmação do recebimento das notas fiscais, não há comprovação de que as mercadorias que deram entrada no estabelecimento são mercadorias que estão sujeitas a incidência do tributo em referência. Aduz que sem a correspondente documentação fiscal que deu ensejo a autuação, detalhando todas as circunstâncias que demonstrem de forma inequívoca a ocorrência ou não do fato gerador, não há como a autuada apresentar o devido contraditório e exercer o seu direito a ampla defesa, sem que tenha prejuízo, porque, não dispõe das informações mínimas necessárias para esse fim.

DA DUPLA VISITAÇÃO:

Menciona a necessidade de ser observado o salutar critério da dupla visita, corporificando uma das finalidades institucionais da fiscalização do trabalho, qual seja, a orientação dos empregadores no cumprimento das normas trabalhistas, especialmente as normas de segurança e medicina do trabalho.

Explica que o critério consiste na realização de duas visitas ao estabelecimento do empregador: a primeira, para inspecionar o local de trabalho e instruir o empregador sobre o que este deve fazer para sanar eventual irregularidade, fazendo as determinações respectivas; a segunda, para verificar se o empregador seguiu as instruções e, se for o caso, lavrar autos de infração para tantas quantas forem às irregularidades não sanadas. Entende que eventual auto de infração lavrado sem observância da dupla visita é nulo de pleno direito e transcreve o art. 3º, caput e § 1º, da IN da SIT Nº 99 de 23.08.2012.

No mérito, inicialmente informa que é uma empresa comercial varejista, optante pelo simples nacional, que tem como atividade econômica principal o comércio varejista de carnes enquadrada no regime de Substituição Tributária - Anexo I do RICMS/BA.

Allegando ausência de identificação na O.S., diz que não se pode afirmar o período que deveria ter

sido fiscalizado, mas que o crédito tributário lançado em desfavor da impugnante reporta-se aos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018.

Ema relação à infração 01, diz que para responder a esta questão, é imperioso que o autuante apresente o relatório contendo, detalhadamente, o valor da receita bruta declarado pela autuada, contendo a informação do valor da receita bruta com substituição tributária e receita bruta sem substituição tributária.

Reclama que o autuante não pode, simplesmente, de forma genérica informar que houve o recolhimento a menor de ICMS declarado no Simples Nacional.

Explica que pela sistemática deste regime, o contribuinte, declara mensalmente, o valor da sua receita bruta, podendo segregar os valores da receita sujeitas ao regime da substituição tributária, e que é obrigação do autuante demonstrar de forma inequívoca, os parâmetros da apuração realizada, disponibilizando, contudo, a documentação que deu ensejo a respectiva apuração.

No que diz respeito à infração 02, igualmente diz que é imperioso que o autuante demonstre de forma inequívoca, o valor declarado pelo contribuinte, bem como os valores da omissão, caracterizando o método de apuração. Observa que o auto de infração aponta tão somente o valor da base de cálculo.

Reconhece que a omissão de receita implica em não recolhimento de ICMS, caso fosse devido. Ratifica, contudo, que a autuação se refere à omissão de receitas, e não dispõe sobre ausência de recolhimento de ICMS referente à suposta omissão.

Enfatiza que mesmo que tivesse sido demonstrada, de forma inequívoca, a ausência de recolhimento de ICMS sobre a suposta receita omitida, igualmente não poderia surtir qualquer efeito jurídico, uma vez que a receita apurada pela autuada refere-se a revenda de carnes bovinas, sujeita ao regime de substituição tributária.

No que tange à infração 03, contesta a sua validade, a princípio porque não reconhece qualquer valor que eventualmente tenha sido apresentado, unilateralmente pelas operadoras de cartão de crédito/débito.

Acrescenta que o fiscal deveria ter apresentado, juntamente com o auto de infração, todos os documentos que deram ensejo as autuações, incluindo os relatórios financeiros de TEF, gerados e disponibilizados por instituições financeiras.

Explica que a sistemática de geração de tributo inclui o regime de competência e o regime de caixa, sendo que no primeiro, calcula-se o tributo pelo valor da receita bruta, subtraídas as receitas não tributadas (isentas, substituição tributária, etc); e no segundo, calcula-se pelo valor efetivamente recebido pelo contribuinte do imposto. Observa que a sistemática adotada pelo contribuinte em questão é o de competência, e que os relatórios de TEF, por serem relatórios que indicam operações que envolvem recebimentos, não comprovam se a respectiva operação é venda ou recebimento.

Acrescenta que por se tratar de presunção, a não comprovação inequívoca de que o contribuinte teve acesso as informações, por si só justifica prejuízo ao contraditório.

No que diz respeito à infração 04, afirma que a mesma não se sustenta pela ausência dos documentos que comprove as alegações. Alega também que as vendas realizadas pela autuada referem-se às operações com carne bovina, que, segundo o RICMS, estão acobertadas pelo regime de substituição tributária.

Cita, ainda, como equívoco cometido pelo eminente fiscal, a falta de observação de que as infrações estão representadas pelo mesmo fato gerador da obrigação tributária.

Menciona que as competências das infrações 03 e 04 se confundem, que as competências de 2018 constantes na infração 02, e que igualmente se confunde com as infrações 03 e 04.

Ressalta que o resultado de eventual infração cometida pelas empresas optantes pelo simples, quando se refere à omissão de receita bruta, não necessariamente se confunde com o não recolhimento do ICMS, desde que se trate de mercadoria sujeita ao regime de substituição

tributária, como é o caso representado em tela.

Diz que da análise do sistema PGDAS, verifica-se pelos valores das receitas brutas declaradas desde 2015 até 2018, que não há nenhuma omissão de receita tributada, e que houve a segregação das receitas obtidas através das vendas com produtos sujeitos ao regime da substituição tributária, tributadas antecipadamente, do montante da receita tributada, como o caso de carne bovina Anexo 1 do RICMS/BA 2012.

Aduz que inicialmente não foram segregadas as receitas provenientes de produtos com substituição tributária das receitas tributadas integralmente, e que nesta condição, é de ser apurado o valor do ICMS recolhido indevidamente, em decorrência da não segregação da receita sujeita a substituição tributária, creditando-se na conta da impugnante, para que possa requerer através do instrumento próprio repetição do valor recolhido a maior.

Em seguida faz explanação a respeito dos requisitos legais para validade do Auto de Infração, sobre a garantia ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e a Ampla Defesa.

Traz a colação ensinamentos de renomados tributaristas, cita artigos da Constituição Federal e do Novo Código de Processo Civil, com o fito de demonstrar que houve ofensa aos princípios acima mencionados.

Ratifica que não recebeu todos os documentos fiscais necessários a análise da autuação, uma vez que não disponibilizou a ordem de serviço que deu ensejo a demanda, os termos de abertura e encerramento, demais documentos comprobatórios das autuações, relatórios de cálculos, e dos documentos fiscais considerados a obtenção da diferença apurada, de modo a satisfazer e comprovar os fatos alegados.

Enfatiza que de acordo com o caso em tela não resta dúvida de que a necessidade de comprovar o alegado é do autuante.

Assevera, ainda, que não é suficiente a simples emissão de notas fiscais para contribuintes deste Estado, para que, contra ele seja imputado um auto de infração, exigindo-lhe o cumprimento de obrigação tributária. É preciso comprovar que os produtos por ele vendidos estão sujeitos ao imposto, seja ele o ICMS substituição tributária ou antecipação parcial.

Ao final, considera que a autuação não há como prosperar, por preterir a legalidade, o direito a ampla defesa e do contraditório.

O autuante presta informação fiscal fls. 69/71, inicialmente dizendo que os argumentos apresentados pela autuada são meramente protelatórios, que não têm nenhum fundamento, além de não apresentarem nenhum fato novo que justifiquem tamanhas irregularidades tributárias.

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.

Enfatiza que a peça defensiva não trouxe aos autos as provas necessárias e suficientes capazes de sustentar suas alegações, 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 exigido no auto de infração.

Relata que a autuada foi indicada para ser fiscalizada visto que não vinha recolhendo regularmente o ICMS Simples Nacional, sendo intimada em 01/02/2019, para apresentar a documentação, e que nos dados da lavratura do auto de infração consta a Ordem de Serviço nº 500990/19.

Para comprovar a correção da autuação, o autuante apresenta as informações abaixo:

- no exercício de 2015, o total informado pelas administradoras de cartão de crédito / débito o valor foi de R\$ 136.381,39 e a autuada declarou todas as suas vendas de mercadorias no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional, como substituição tributária no valor de R\$ 141.153,00 (fls. 16 e 17);

- no exercício de 2016, o total informado pelas administradoras de cartão de crédito / débito o valor foi de R\$ 637.017,98 e a autuada declarou todas as suas vendas de mercadorias no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional, como substituição tributária no valor de R\$ 638.190,00 (fls. 24 e 25);

- no exercício de 2017, o total informado pelas administradoras de cartão de crédito / débito o valor foi de R\$ 1.125.167,41 e a autuada declarou no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional, que suas vendas sem substituição tributária o valor foi de 101.500,00 e como substituição tributária no valor de R\$ 883.585,00 (fls. 32 e 33);

- no exercício de 2018, o total informado pelas administradoras de cartão de crédito / débito o valor foi de R\$ 1.739.562,59 e a autuada vendeu com documentos fiscais o valor de R\$ 1.460.872,38, sendo que a autuada não declarou suas vendas de mercadorias no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (fls. 40 e 41);

Acrescenta que a autuada apesar de intimada para apresentar à documentação, e após a conclusão da fiscalização foi convidada para tomar ciência do auto de infração, e como justificativa por não ter apresentado a documentação declarou o seguinte: “Declaramos também que quando da Intimação datada de 01/02/2019, deixamos de apresentar toda documentação constante da mesma, visto que não estavam escriturados, bem como o arquivo MFD formato binário (CSV)” (fls. 15).

Explica que para as empresas enquadradas no Simples Nacional a ferramenta oficial da SEFAZ é o sistema AUDIG, e que nele são inseridas todas as informações disponíveis tipo (Notas Fiscais de Entrada, Notas Fiscais de Saída, ICMS recolhido, TEF, Declaração do PGDAS, arquivo MFD formato binário), e que o cruzamento é feito pelas entradas (CFOP), para que a proporcionalidade seja feita de forma equânime (fls. 16, 24, 32 e 40).

Diz que basta observar que nos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018, a autuada vendeu com cartão de crédito/débito o valor de R\$ 3.638.129,37, declarou como mercadorias da substituição tributária o valor de R\$ 1.662.928,00 e como mercadoria tributada apenas o valor de R\$ 101.500,00.

Esclarece que nas empresas enquadradas no Simples Nacional, quando do faturamento da Receita Bruta são excluídas apenas as mercadorias sujeitas a SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, e que não seria o caso da autuada que tem o comércio varejista de carnes e outros.

Ao final, dizendo que o autuado vem ao longo dos anos fugindo do pagamento do ICMS Simples Nacional, solicita que o AUTO DE INFRAÇÃO seja julgado TOTALMENTE PROCEDENTE.

Considerando a alegação defensiva de que não lhe foram apresentados os documentos fiscais que possam comprovar a ocorrência dos fatos geradores objeto da presente autuação; considerando que também a falta de documentação acostada aos autos dificultou aos julgadores determinar com precisão e segurança o montante do débito tributário, exclusivamente através das planilhas anexadas às fls. 16 a 47; e visando o saneamento do PAF de possível vício por cerceamento ao direito de defesa; o colegiado da 5ª JF, na assentada do julgamento, resolveu devolvê-lo ao autor do feito para que fossem adotados os seguintes procedimentos:

- 1 – Apresentar planilhas em separado para cada infração cometida, relacionando os dados com os documentos que lhe deram amparo, de forma a concatenar e aclarar as imputações quantitativas;
- 2 – Explicar por que as “reduções Z” foram consideradas zeradas em diversos meses no levantamento fiscal;
- 3 – Demonstrar, inclusive numericamente, como quantificou as receitas que foram consideradas como não subordinadas à substituição tributária, bem como as que geraram a omissão de receita exigida;
- 4 - Na nova informação fiscal a ser prestada, fazer referência à reclamação defensiva de que há fatos geradores comuns nas infrações que lhe são imputadas;
- 5 – Elaborar novos demonstrativos de débito, se necessário.

O autuante prestou nova informação fiscal, à fl. 81, nos seguintes termos:

Em atendimento a diligência solicitada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, fizemos as seguintes considerações:

- 1- É de conhecimento de todos que a obrigação de fornecer ferramenta de trabalho é do empregador.*
- 2- A única ferramenta de trabalho disponibilizada pela SEFAZ para a fiscalização do Simples Nacional é o AUDIG.*
- 3- As Reduções "Z" foram consideradas zeradas nos exercícios de 2015 a 2017, visto que a autuada foi intimada para apresentar a documentação e não o fez. Basta verificar a declaração formulada pela autuada em que diz o seguinte: Declaramos também quando da intimação datada de 01/02/2019, deixamos de apresentar toda documentação constante da mesma, visto que não estavam escriturados, bem com o arquivo MFD formato binário-CSV, (Fls. 15).*
- 4- No exercício de 2018, a partir do mês de fevereiro, a autuada começou a emitir Notas Fiscais/Cupom eletronicamente, assim, foi possível verificar junto ao sistema da SEFAZ. Entretanto, a autuada deixou de prestar suas declarações no PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional. (Fls. 41).*
- 5- Evidentemente que a autuada ao fazer suas declarações no PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional, nos exercícios de 2015 a 2017, declarou todas suas receitas como Substituição Tributária.*
- 6- A fiscalização foi efetuada baseada nas informações constante dos sistemas da SEFAZ tipo (Notas fiscais de entrada/saída, TEF, ICMS recolhido e declarações no PGDAS), em seguida é inserido na fermenta AUDIG, cujo batimento foi feito pelas Notas Fiscais de Entrada (CFOP), para que se possa determinar o percentual da proporcionalidade devida das mercadorias da Substituição Tributária, (Fls. 16, 24, 32 e 40).*
- 7- Devo esclarecer que Informação Fiscal prestada em 17 de julho de 2019, detalha muito bem como foi o procedimento da fiscalização e comportamento da autuada, até porque não houve nenhuma contestação da mesma até o momento, (Fls. 69 a 71).*
- 8- Esperamos que agora após esclarecimentos, os nobres julgadores possam determinar com precisão e segurança o montante do débito tributário.*
- 9- Se assim não for o entendimento, deverá ser encaminhado a ASTEC órgão vinculado ao CONSEF.*

Ao final, mantém na sua integralidade o AUTO DE INFRAÇÃO.

Considerando que a segunda informação fiscal prestada, às fls. 81, ainda não foi suficiente para dirimir os pontos controversos da autuação; e visando o saneamento do PAF de possível vício por cerceamento ao direito de defesa; o colegiado da 1ª JF, resolveu devolvê-lo ao autuante (fl. 86), ou para fiscal estranho ao feito, para serem adotados os seguintes procedimentos:

- 1 – Intimar o contribuinte para apresentar arquivos eletrônicos relativos aos cupons fiscais emitidos pelas suas ECFs, do período fiscalizado, como também das notas fiscais de saída;
- 2 – Havendo o atendimento supra, elaborar novos demonstrativos referentes às omissões, considerando os valores totais diários, conforme nova redação do inciso VII, do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17;
- 3 – Explicar detalhadamente a origem dos valores exigidos na infração 02;
- 4 – Elaborar demonstrativo analítico, com indicação dos documentos fiscais (inclusive chave de acesso), considerando no cálculo da proporcionalidade da substituição tributária as informações prestadas pelo contribuinte conforme intimação referida no item 1 desta diligência. Caso não sejam apresentadas as informações pelo autuado, elaborar demonstrativo analítico, nos mesmos moldes do acima mencionado, para o cálculo da proporcionalidade elaborada por ocasião da autuação fiscal;
- 5 – Anexar aos autos os extratos do simples nacional do período fiscalizado, bem como mídia contendo todos os demonstrativos elaborados, conforme determina o art. 8º, § 3º, do RPAF/BA.

Após o atendimento, o órgão competente deve dar ciência ao autuado da informação produzida pelo autuante, decorrente dessa diligência, fornecendo-lhe cópia das planilhas e documentos juntados pela referida informação, reabrindo-se o prazo de defesa por 60 (sessenta) dias para que, querendo, sobre eles possa se manifestar.

Em atendimento a diligência solicitada, o autuante informou, às fls. 91/92, o seguinte:

Considerando que a autuada foi indicada para ser fiscalizada e intimada em 01/02/2019, visto que não vinha recolhendo o ICMS Simples Nacional.

Considerando que no exercício de 2015, a autuada não recolheu o ICMS Simples Nacional conforme consta nas colunas ICMS DECLARADO (A) e ICMS DEVIDO (Fls. 22).

Considerando que no exercício de 2016, a autuada não recolheu o ICMS Simples Nacional conforme consta nas colunas ICMS DECLARADO (A) e ICMS DEVIDO (Fls. 30).

Considerando que no exercício de 2017, o ICMS Simples Nacional foi declarado apenas nos meses de novembro e dezembro, conforme consta nas colunas ICMS DECLARADO (A) e ICMS DEVIDO (Fls. 38).

Considerando que no exercício de 2018, a autuada não recolheu o ICMS Simples Nacional conforme consta nas colunas ICMS DECLARADO (A) e ICMS DEVIDO (Fls. 46).

Considerando que todas as informações da autuada, tipo, TEF, NOTAS FISCAIS DE ENTRADA, ICMS RECOLHIDO, DECLARAÇÃO NO PGDAS, NOTAS FISCAIS DE SAÍDA, são inseridas no sistema AUDIG, o qual já tem mais de 10 anos funcionando e feito os ajustes necessários. O cruzamento/batimento é feito pelas Notas Fiscais de Entrada, para se possa apurar a proporcionalidade das mercadorias da substituição tributária, conforme consta na coluna Proporção da substituição tributária (E), (fls. 16, 24, 32, 40).

Considerando que quando da assinatura do auto de infração em 03/04/19, ou seja, 61 (sessenta e um) dias após a intimação inicial, a autuada enviou um preposto devidamente qualificado, e ao mesmo tempo prestou uma declaração informando que recebeu o auto de infração, bem como os anexos 01, 02 e 03 referente aos demonstrativos do AUDIG correspondente aos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018. Por outro lado, no mesmo documento (DECLARAÇÃO), informou que deixou de apresentar a documentação solicitada quando da intimação datada de 01/02/2019, visto que não estavam escriturados, bem como o arquivo MFD formato binário (CSV), (Fls. 15).

Quanto à solicitação dos itens primeiro e segundo, verificar declaração fornecida pela autuada, quando da assinatura do auto de infração, (fls. 15).

Quanto à solicitação do item terceiro, os valores estão detalhados na planilha do AUDIG no exercício de 2018, (ICMS DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO - INFRAÇÃO) 17.03.12, (Fls. 47).

Quanto à solicitação do item quarto, já constam nos relatórios do AUDIG, considerando, inclusive, a proporcionalidade da substituição tributária (Prop. ST (M)), (fls. 18, 26, 32 e 47).

Quanto à solicitação do item quinto, devemos informar que a autuada não apresentou nenhuma documentação quando da fiscalização, e que todas as informações constam no sistema da SEFAZ (INC, ARRECADAÇÃO, NOTAS FISCAIS DE ENTRADA, TEF, NOTAS FISCAIS DE SAÍDA, PGDAS E OUTRAS).

Informa, ainda, que o roteiro aplicado na época foi TEF x PGDAS, e que, por consequência, o sistema AUDIG em seus relatórios apurou várias outras infrações, enumerando cada uma delas, (fls. 23, 31, 39 e 47).

Conclui dizendo não entender o motivo da diligência, e considera os argumentos apresentados pela autuada como meramente protelatórios. Acrescenta que o contribuinte não trouxe aos autos as provas necessárias e suficientes capazes de sustentá-los, 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 exigido no auto de infração.

Ressalta que a fiscalização realizada, a 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 ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL.

Deduz que a autuada desconhece também o RICMS, bem como a Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL, quando solicita dentre outros a anulação do auto de infração. Pontua que o sujeito passivo, ao mesmo tempo, “usou de disposição de espírito que inspira e alimenta ação maldosa, quando ao longo dos anos vem cometendo tamanha irregularidade tributária, certamente para fugir do pagamento do ICMS Simples Nacional, com nítida intenção de não ser alcançada pelo Fisco Estadual”.

Por fim, solicita que o AUTO DE INFRAÇÃO, seja julgado TOTALMENTE PROCEDENTE, por ser de direito e justiça.

À fl. 94 foi anexada DT-e, onde o autuado tomou ciência tácita em 28/06/2021, do encaminhamento

da diligência de fls. 91 e 92, bem como da reabertura do prazo de defesa, entretanto o sujeito passivo não se manifestou a respeito.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, imputadas ao autuado, e já descritas no relatório acima.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, pelo da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei de nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Considerando que a falta de documentação acostada aos autos, por parte do autuante, dificultou aos julgadores determinar com precisão e segurança o montante do débito tributário, exclusivamente através das planilhas anexadas às fls. 16 a 47; e visando o saneamento do PAF de possível vício por cerceamento ao direito de defesa, o presente processo foi convertido por duas vezes em diligência para que o preposto fiscal atendesse ao seguinte:

- apresentasse planilhas em separado para cada infração cometida, relacionando os dados com os documentos que lhe deram amparo, de forma a concatenar e aclarar as imputações quantitativas;
- demonstrasse, inclusive numericamente, como quantificou as receitas que foram consideradas como não subordinadas à substituição tributária, bem como as que geraram a omissão de receita exigida;
- explicasse detalhadamente a origem dos valores exigidos na infração 02;
- elaborasse demonstrativo analítico, com indicação dos documentos fiscais (inclusive chave de acesso), considerando no cálculo da proporcionalidade da substituição tributária as informações prestadas pelo contribuinte, e se não apresentadas, que elaborasse demonstrativo analítico, nos mesmos moldes do acima mencionado, para o cálculo da proporcionalidade elaborada por ocasião da autuação fiscal;
- anexasse aos autos os extratos do simples nacional do período fiscalizado, bem como mídia contendo todos os demonstrativos elaborados, conforme determina o art. 8º, § 3º, do RPAF/BA.

Entretanto, o autuante não atendeu ao acima requerido, alegando que a fiscalização foi efetuada baseada nas informações constante dos sistemas da SEFAZ tipo (Notas fiscais de entrada/saída, TEF, ICMS recolhido e declarações no PGDAS), sendo tais dados inseridos na ferramenta AUDIG, cujo batimento foi feito pelas Notas Fiscais de Entrada (CFOP), para que se determinar o percentual da proporcionalidade devida das mercadorias da Substituição Tributária.

Ratificou que os valores exigidos, bem como o cálculo da proporcionalidade, já se encontram anexados ao processo, por ocasião do levantamento fiscal inicial (fls. 18, 26, 32 e 47).

Por fim, disse não entender o motivo da diligência, considerou os argumentos apresentados pelo autuado como meramente protelatórios, e manteve o entendimento de que o contribuinte não

apontou especificamente quaisquer erros ou inconsistências no levantamento fiscal.

Registro que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto de nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

Destaco, portanto, que não houve apresentação, por parte do autuante, dos demonstrativos requeridos nas diligências, inclusive em mídia magnética. Os demonstrativos elaborados na ação fiscal se mostram insuficientes para comprovar a falta de recolhimento dos valores suscitados na autuação. O procedimento, dessa forma, 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, com base no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do RPAF/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, as infrações imputadas, implicando em decisão de ofício pela nulidade:

Art. 18 São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

(...)

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210372.0008/19-2**, lavrado contra **RIVIANE GUIMARÃES ROSALES**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento 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 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2024.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR