

A. I. Nº - 151914.0002/11-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE GÁS E ÁGUA MINERAL SANTARÉM LTDA.
AUTUANTE - LUÍS CARLOS SILVA ROSA
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET 11.07.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0191-05/12

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DECLARAÇÃO ELETRÔNICA – DASN. DADOS DIVERGENTES DOS DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Deve ser declarada a nulidade do crédito tributário quando o lançamento não determinar com segurança a infração cometida. A autoridade fiscal tem obrigação de lavrar o auto com precisão e clareza, descrevendo a infração, indicando o dispositivo legal ou regulamentar violado. Ação fiscal nula sem julgamento de mérito. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2011, onde foi lançada multa no valor total de R\$12.618,13, decorrente da seguinte infração à legislação do ICMS: “*Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), referente às operações do exercício de 2010*”, sendo lançado o valor de R\$12.618,13, em 31/12/2010.

O autuado apresentou impugnação às fls. 64/68, onde aduz que a autuação é baseada em infração contra os art. 408 – C, IV e 335 do RICMS/BA, cometida no exercício de 2010. Ocorre que o dispositivo legal apontado não mais vigia, pois foi inteiramente revogado, tornando-o assim, nulo por falta de previsão legal; reproduz texto em que demonstra que o art. 355 foi revogado a partir de 01/07/2007; que o outro artigo 408-C veio a ser revogado na mesma data; que inexistindo a previsão legal, não poderá o fisco exigir a multa; invoca em sua defesa, dois artigos da LC 123/2006 - art. 25, que determina como única obrigação acessória do simples nacional, a apresentação de uma declaração anual, e o artigo 38, em que transcreveu parte do seu teor:

Ao deixar de apresentar a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica a que se refere o art. 25, ou que a apresentar com incorreções ou omissões, será intimado a apresentar declaração original, no caso de não apresentação, ou prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela autoridade fiscal, na forma definida pelo comitê gestor, e sujeitar-se-á às seguintes multas(...)

Que houve inobservância ao devido processo legal; que a empresa deveria ter sido intimada a apresentar declaração retificadora, e somente após este procedimento poderiam ser aplicadas as penalidades, nos incisos do próprio art. 38 supracitado; que na legislação baiana, as obrigações das micro e pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional estão dispostas nos artigos 383 a 393; que em relação às obrigações acessórias, o artigo 388 transfere as determinações para a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN; que a multa citada pelo autuante no art. 42, XII-A da Lei nº 7.014 também não procede, porque foi alterada pela Lei nº 8534/02; que o inciso XII-A foi acrescentado pela citada lei e surtiu efeitos de 01/01/2007 a 30/06/2007. Ao final pede pela Nulidade do Auto de Infração.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 73/74, onde apresenta as seguintes contrarrazões: que as infrações relacionadas na versão do SEAI não alterou a parte relativa às informações econômico-fiscais – DME, para a Declaração Eletrônica - DASN, porém vale verificar na informação dos fatos, que foi feita a descrição correta da infração; que com o advento da Lei

Estadual nº 10.646, de 03 de Julho de 2007, o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresas de Pequeno Porte, teve a sua aplicabilidade em todo estado da Bahia, alterando a Lei nº 7.014/96 e dando nova redação ao Art. 42, XII-A, que continua em plena vigência e assim, confirma a correta aplicação da multa; que o Art. 2º da Lei nº 10.646/07 diz que aos contribuintes do ICMS optantes do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos – SIMPLES NACIONAL, aplicam-se no que couber, as normas de legislação do ICMS.

Aduz que, quanto à DASN de 2010, o contribuinte foi intimado em 02/03/2011, e só apresentou os documentos em 22/03/2011, 20 dias depois, e mesmo assim não efetuou a correção (docs. fls. 03/08). As obrigações acessórias de micro e empresas de pequeno porte foram regulamentadas pela Resolução CGSN nº 10, de 28/06/2007; que a resolução CGSN nº 30 de 07/02/2008, em seu art. 5º, estabelece que as penalidades pelo descumprimento de obrigações acessórias são as previstas na legislação de cada ente federativo. Ao final, pede a procedência do Auto de Infração.

O Auto de Infração foi equivocadamente colocado em diligência, conforme pedido à fl. 79, mas ainda assim, o autuante presta informação fiscal à fl. 82, onde reafirma que o Auto de Infração foi feito com base em comparação das notas fiscais lançadas no livro Registro de Entrada e as informadas na DASN/2010, e que até a data da informação, 25/11/2011, não havia sido feita a retificação. O autuado, embora não necessitasse se manifestar, por conta de não haver nenhuma alteração feita pela diligência, reforça que a defesa foi toda calcada na LC 123/06, cujas determinações são normatizadas pelo comitê gestor do SIMPLES NACIONAL. Aduz que a empresa deveria ter sido convocada para retificar as incorreções, e só em caso de não atendimento, ser autuada; cita em defesa da sua argumentação, o art. 88 da Resolução CGSN nº 94/11 e o art. 388 do RICMS/BA; que até então não procedeu à retificação da DASN, para não criar uma situação embaraçosa, prejudicial ao esclarecimento dos fatos. Reforça o pedido de nulidade, com fundamento no Art. 18 do RPAF, e que não foi obedecido o princípio do devido processo legal e ainda que fosse aplicada a multa, deveria ser a do art. 38 da LC 123/06, regulamentada pela Resolução CGSN 94/11, que substituiu a de nº 10/07, à qual estaria vinculada por força do disposto no art. 388 do RICMS. Pede mais uma vez a nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Em preliminar de nulidade, o impugnante arguiu que foi apontada a seguinte infração: “*Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte)*”, com fundamento nos arts. 408-C, IV, e 335 do RICMS, e que tais dispositivos já se encontram revogados desde 01/07/2007, e que o autuante instruiu sua acusação com um demonstrativo de débito em que vincula a infração à informação que deixou de ser prestada na Declaração Anual do Simples Nacional – DASN.

O autuante por seu turno, informa que as infrações relacionadas no sistema emissor de Auto de Infração – SEAI, ainda não foram alteradas, de forma que teve que lavrar o Auto de Infração com a antiga descrição, vinculada ao já extinto regime simplificado de microempresas e empresas de pequeno porte - SimBahia, mas que vale verificar no campo “descrição dos fatos” que o Auto de Infração está com a acusação correta:

A empresa deixou de informar na declaração eletrônica (DASN), a receita correta, impedindo a apuração dos tributos referentes ao SIMPLES NACIONAL.

De fato, a imputação feita pelo autuante remonta à legislação do SimBahia, cuja vigência já se encontrava extinta à época dos fatos apurados. Em seu favor, o parágrafo 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, diz que eventuais incorreções e a não observância de exigências meramente formais, não acarretam a nulidade do Auto de Infração; quanto ao enquadramento em artigos já extintos do SimBahia, a situação também é corroborada pela leitura do art. 19, do mesmo Regulamento:

A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Pelas disposições legais previstas no RPAF, o Auto de Infração não poderia mesmo ser anulado por vício formal, se a descrição dos fatos indicasse precisamente o enquadramento legal, situação em que o processo seria colocado em diligência para que o autuado tomasse conhecimento do verdadeiro teor da infração, uma vez que no processo consta uma duplicidade de descrições do ilícito fiscal. Contudo, a descrição pretensamente correta feita pelo autuante, em reparo ao problema da desatualização do SEAI, está irremediavelmente equivocada. Tanto no campo do Auto de Infração, destinado à descrição, como em sua informação fiscal, consta que a seguinte expressão: *“empresa deixou de informar na declaração eletrônica (DASN), a receita correta, impedindo a apuração dos tributos referentes ao SIMPLES NACIONAL*.

Pelo demonstrativo das *“mercadorias adquiridas em 2008”* (sic), à fl.09, o autuante esclarece os verdadeiros valores das entradas no exercício de 2010, no valor total de R\$256.752,38, enquanto a DASN à fl. 13, informa que o total das entradas abrangido no período de apuração, foi de apenas R\$4.389,70. O relatório das entradas das mercadorias está à fl. 10, que foi extraído do próprio livro Registro de Entrada do autuado, que está anexado a este processo. Foi, então, lançada uma multa de R\$12.618,13, correspondente a 5% sobre a diferença apurada entre as informações do valor da entrada lançada na DASN, e o que foi encontrado no livro de entrada do autuante, que corresponde a R\$252.752,38 de aquisições.

Assim, é forçoso concluir que tanto na descrição da infração, como na manifestação do fiscal à fl. 73, fica expressamente consignado que o lançamento se deu de forma errada, pelos critérios que constam no processo, pois há certamente, desencontro no valor da entrada escriturada e não na receita, que corresponde à saída de mercadorias. Enquanto na descrição padrão do SEAI, que se referia à antiga informação econômico-fiscal – DME, está escrito *“omissão de entrada”*, fato demonstrado nos relatórios de auditoria, a descrição do fato feita pelo autuante em sua pretensa correção, consta a expressão *“deixou de informar a receita correta”*, ficando comprovado flagrante erro de direito que macula irremediavelmente o lançamento tributário.

A discrepância no registro total da entrada de mercadorias efetuado na DASN, não pode ser confundida com *“receita”*, pois esta é decorrente dos valores registrados pela *“saída”*, enquanto o que se vê no demonstrativo que norteia o lançamento tributário, é o inverso, ou seja, o desembolso monetário pelas aquisições de mercadorias, que se confere pelo registro da entrada. A autoridade fiscal tem obrigação de lavrar o auto com precisão e clareza, descrevendo a infração e indicando o dispositivo legal ou regulamentar violado. Não se trata aqui, de mera exigência formal, passível de saneamento, pois o art. 146 do CTN, expressamente veda à autoridade administrativa, alterar o critério jurídico do lançamento tributário.

Ensina a doutrina, que há mudança de critério jurídico, quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias outras alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, pretende alterá-lo mediante a escolha de outra alternativa admitida, o que enseja a determinação de um critério tributário de valor diverso. Assim, a descrição equivocada da infração está eivada por vício insanável, por expressa disposição do Código Tributário Nacional. A exata descrição da falta imputada ao acusado, no momento da lavratura da peça instrumental, é elemento essencial para caracterizar a natureza da infração cometida pela autuada. Quando a descrição do fato infringente apresenta-se distante da realidade encontrada, compromete-se o ajustamento do fato à Lei, e assim afronta o princípio da legalidade, e também o princípio da segurança jurídica.

Tais princípios visam a proteger o administrado dos excessos da administração pública, principalmente na seara tributária, que invariavelmente invade o patrimônio alheio em busca do ressarcimento do crédito fiscal. A nulidade também se fundamenta nos termos do RPAF, conforme transcrição a seguir, onde se deduz que deve ser declarada a nulidade do crédito tributário, quando o lançamento não determinar com segurança a infração cometida:

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **151914.0002/11-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE GÁS E ÁGUA MINERAL SANTARÉM LTDA.**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal..

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR