

A.I. Nº - 210577.0029/11-4
AUTUADO - MJ MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ AGNALDO DOS SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25. 06. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0118-01/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. É flagrante a insegurança do lançamento, agravada após a revisão fiscal efetuada, deixando de ser observado o regime jurídico-fiscal das mercadorias comercializadas, além de os papéis de trabalho contradizerem os elementos da autuação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29.12.11, acusa:

1. omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 9.931,49, com multa de 150% [contribuinte inscrito na condição de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)];
2. recolhimento a menos de ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando o não recolhimento de parte do ICMS, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos [*sic*], sendo lançado imposto no valor de R\$ 2.558,43, com multa de 75%.

O autuado apresentou defesa (fls. 52/65) falando de sua preocupação em cumprir suas obrigações, apesar da elevada carga tributária que suporta.

Suscita em preliminar a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, alegando ausência de elementos indispensáveis para o entendimento da ocorrência das supostas infrações que lhe foram imputadas. Reclama que não foi indicado o percentual das vendas que não teriam sido declaradas, tendo o Auto de Infração sido lavrado sem a apresentação do cruzamento dos dados informados pela instituição financeira com os dados declarados pela empresa. Questiona a validade de tais dados, tendo em vista a carência de informações e de documentos. Afirma que todas as suas vendas são feitas com emissão dos documentos fiscais correspondentes. Reclama que é dever do fisco juntar ao Auto a documentação probante do fato, e diz que neste caso isso não ocorre. Cita doutrina e jurisprudência acerca do princípio da ampla defesa.

No mérito, relativamente ao item 1º, reitera que o Auto padece de informações e provas, impedindo por isso o exercício do direito de defesa, por só possibilitar a elaboração de suposições acerca dos valores levantados, não permitindo aferir com exatidão a sua idoneidade.

Alega que houve quebra de sigilo fiscal e financeiro sem qualquer justificativa plausível ou comando judicial que autorizasse tal prática nefasta. Cita jurisprudência do Supremo acerca do desrespeito ao direito fundamental à intimidade do contribuinte.

Quanto ao item 2º, alega que sua empresa não deve o valor em questão porque figura na qualidade de substituta tributária, no ramo de materiais de construção, comercializando mercadorias sujeitas

ao regime de substituição tributária. Transcreve em parte o art. 353 do RICMS, destacando as mercadorias cimento, produtos cerâmicos, tijolos, blocos, telhas, ladrilhos, azulejos, tintas, etc. Diz que, de acordo com o Protocolo 104/09, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS se estende à diferença de alíquotas, e por conseguinte o lançamento é improcedente.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, ou que no mérito seja julgado improcedente. Alternativamente, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para realizar os cálculos do item 1º, levando em conta apenas os valores supostamente omitidos e expurgando do montante apurado no item 2º os valores relativos ao pagamento do ICMS por substituição.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 85/87) contrapondo que as alegações do autuado não têm amparo, se comparadas com as peças processuais. Diz que todos os “documentos que escrituraram as vendas” foram analisados. Nega que tivesse havido quebra de sigilo fiscal e financeiro, pois a análise fiscal se restringiu ao volume de vendas exibidos nos talões de Notas emitidas, verificação dos dados das vendas mensais informadas ao programa PGDAS da receita federal e comparação com as vendas realizadas pela empresa através de cartões de crédito, nos termos do Decreto 6.284/97 [sic], no art. 824-W.

No mérito, quanto ao item 1º, diz que foram acessados apenas os dados atinentes a operações com vendas de mercadorias, e, de acordo com o art. 26, § 2º, da Lei Complementar 123, empresas integrantes do simples nacional estão obrigadas a exhibir ao fisco todas as suas operações bancárias e financeiras para fins de fiscalização.

No tocante ao item 2º, diz que o autuado imagina que todas as operações de venda em casas de material de construção estão “amparadas” pela substituição tributária, porém a substituição alcança apenas as operações com as mercadorias constantes na lista dos itens 14, 15 e 16 do inciso II do art. 353 do RICMS. Aduz que a Lei Complementar 123, no art. 3º, é clara no tocante ao recolhimento da parcela do ICMS integrante do “pacote de tributos” do simples nacional, e o autuado, embora comercialize “produtos” do regime de substituição tributária, também faz recolhimentos do ICMS resultantes de sua apuração mensal, e, apesar disso, novos cálculos foram realizados, para proporcionar redução na base de cálculo equivalente aos valores de saídas com ICMS substituído [sic], de acordo com as vendas efetivamente realizadas e devidamente declaradas, conforme extrato do simples nacional, tendo sido feitos os ajustes nos cálculos para contemplar a redução proporcionalmente atinentes às saídas com recolhimento antecipado, em cada período de apuração, conforme demonstrativos às fls. 112 a 118.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 128/134) protestando que o fiscal se equivocou nos novos cálculos para “redução da base de cálculo”, e, em que pese ter afirmado que procedera à realização de novos cálculos visando à redução da base de cálculo equivalente aos valores de “saída do ICMS substituído”, tais alterações não foram efetuadas, e, ao contrário, além da já assinalada omissão quanto à subtração para a base de cálculo dos valores já declarados e pagos, houve majoração dos valores totais atribuídos às supostas infrações, sem quaisquer justificativas plausíveis. Dá exemplo, comparando os valores da receita bruta acumulada nos últimos 12 meses de acordo com os extratos do simples nacional com os valores consignados pelo autuante no Auto de Infração, reclamando que tais equívocos foram novamente perpetrados na informação fiscal, com agravante, na medida em que inicia o acumulado de janeiro de 2008 com o valor de R\$ 135.558,97. Indaga como foi que o fiscal chegou a tais valores, já que ele afirmou ter utilizado como supedâneo documentos cujos valores não correspondem aos apresentados.

Afirma que, corrigindo-se tais equívocos, esvazia-se a 2ª infração, já que as alíquotas utilizadas se adéquam aos montantes consignados.

No tocante ao item 1º, assinala o autuado que no Auto de Infração foram consideradas para efeito de cálculo as supostas omissões identificadas a partir de abril de 2008 em virtude da impossibilidade de identificar quaisquer omissões, por ausência de parâmetros delimitadores nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2008, tendo em vista que nos extratos do simples nacional juntados e utilizados

como balizadores dos cálculos existe apenas a declaração e o respectivo recolhimento do ICMS sobre a revenda de mercadorias sem substituição tributária, ou seja, não existem dados suficientes para se asseverar com idoneidade a existência ou não de omissões, tendo sido esta inclusive a conduta do autuante ao lavrar o Auto, porém, surpreendentemente, os referidos meses foram considerados ao ser prestada a informação fiscal, o que contribuiu para elevar os valores finais, e além disso o fiscal deixou de considerar o ICMS recolhido, no valor de R\$ 140,54, consoante fazem prova os extratos do simples nacional. Alega que no cálculo da receita bruta do ano calendário o fiscal utilizou apenas os valores consignados na declaração fornecida pela operadora de cartão de crédito, desconsiderando todos os valores declarados e pagos pelo contribuinte por meio do PGDAS ou DASN, através do extrato do simples nacional, conforme quadro demonstrativo que exhibe em seguida, indicando também os valores informados pela operadora de cartão de crédito.

Conclui dizendo que o fiscal novamente cometeu erro ao consignar no mês de dezembro de 2008 valor diferente daquele constante na declaração da operadora de cartão de crédito, que é de R\$ 30.979,15, em vez de R\$ 31.868,34, erro esse que implica modificação dos valores denominados “Receita Bruta Ano Calendário” no Anexo 03, tendo em vista que apenas estes dados foram utilizados para fins de seu cálculo, o que reverbera na modificação equivocada das alíquotas objeto da 2ª infração.

Considera imperativo que se declare a nulidade da autuação, em respeito aos postulados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ao ter vista dos novos elementos, o fiscal autuante prestou nova informação (fl. 143) dizendo que permanece mantido o teor da informação fiscal [anterior]. A seu ver, em todas as fases do procedimento teria sido respeitada a essência dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Diz que “segue anexo cálculos” que se fala na fl. 87 (informação fiscal) e na fl. 129 (manifestação do autuado).

Deu-se ciência das novas peças ao contribuinte (fls. 146-147) e ele não se manifestou.

VOTO

Este Auto de Infração comporta dois lançamentos.

O autuado suscitou em preliminar a nulidade do Auto de Infração, alegando ausência de elementos indispensáveis para entendimento das infrações que lhe foram atribuídas.

O 1º lançamento em discussão nestes autos cuida de omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sendo lançado ICMS acrescido da multa de 150%.

De fato, a descrição do fato requer algumas considerações, para fundamentar e motivar o lançamento, em nome da estrita legalidade tributária.

A descrição do fato é lacunosa e omite informações que deveriam ser explicitadas, para não dificultar a defesa. Note-se que é dito, no item 1º, que a omissão de saída é “presumida”, mas não diz por que é que é presumida. Quem presumiu? Poder-se-ia dizer que a lei é que diz que a omissão é presumida. Porém a lei é hipotética. A lei não acusa ninguém. Ela apenas prevê os fatos, em abstrato. Quando o fato por ela descrito ocorre, é preciso que a autoridade que apurou o fato faça a sua descrição, de modo a ficar demonstrado que o fato corresponde à previsão legal.

Além disso, a descrição do fato neste item 1º omite um dado fundamentalíssimo: não é dito que o autuado é optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Esse dado constitui o cerne da autuação. Tudo neste lançamento é diferente dos demais lançamentos relativos ao ICMS apurado com base nas operações com cartões de crédito e débito de

contribuintes do Regime Normal, precisamente por se tratar de contribuinte optante pelo mencionado Regime do Simples Nacional. Se tal dado não consta na imputação, o contribuinte vai se defender como? O contribuinte – e o órgão julgador – não podem ter que adivinhar o que pretendeu a autoridade fiscal.

A circunstância de se tratar de contribuinte optante pelo chamado Simples Nacional tem total relevância neste caso, haja vista os critérios de determinação do imposto devido, alíquota, multa, etc.

Se o contribuinte não fosse do Simples Nacional, a alíquota seria outra, a base de cálculo seria outra, a multa seria outra. Foi omitida portanto na descrição do fato uma informação substancial.

Este 1º item está relacionado ao item 2º, pois, embora isso não seja explicitado, deduz-se que o motivo fático de ambos os lançamentos é o mesmo, tanto assim que alguns demonstrativos de um lançamento são compartilhados com o outro lançamento, e em virtude disso eventuais erros existentes nos demonstrativos de um item se repetem no tocante ao outro.

No 2º lançamento, o contribuinte é acusado de ter deixado de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando o não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos [*sic*], sendo lançado imposto acrescido da multa de 75%.

Também neste 2º item a descrição do fato é imprecisa, em virtude do emprego da expressão “e/ou”, pois isso dificultar a defesa. O contribuinte precisa saber do que está sendo acusado, para não ter de se defender em tese.

Quanto ao mérito, o contribui reclamou dos cálculos apresentados pela fiscalização. Observou que opera com mercadorias do regime de substituição tributária.

Essas questões seriam saneáveis. O problema maior surgiu foi ao ser prestada a informação pelo autuante, ocasião em que foram refeitos os cálculos e foram anexados novos demonstrativos, ficando patente a total falta de certeza e liquidez do lançamento.

Dada ciência da revisão dos lançamentos ao contribuinte, este reclamou que o autuante não fez o que foi afirmado na informação, e, além disso, houve majorações de valores. Reclama da falta de indicação da origem dos valores apurados. Observa em alguns meses não houve lançamentos no Auto, porém, ao ser feita a revisão, surgiram novos valores. Protesta que não teria sido considerado o valor de R\$ 140,54 que teria sido pago. Alega que no cálculo da receita bruta do ano calendário o fiscal utilizou apenas os valores consignados na declaração fornecida pela operadora de cartão de crédito, desconsiderando todos os valores declarados e pagos pelo contribuinte por meio do PGDAS ou DASN, através do extrato do simples nacional, conforme quadro demonstrativo que exhibe em seguida, indicando também os valores informados pela operadora de cartão de crédito. Reclama também que o fiscal consignou no mês de dezembro de 2008 valor diferente daquele constante na declaração da operadora de cartão de crédito, que é de R\$ 30.979,15, em vez de R\$ 31.868,34. Considera imperativo que se declare a nulidade da autuação.

Ao ter vista da manifestação do contribuinte, o fiscal autuante disse simplesmente que permanecia mantido o teor da informação fiscal anterior.

Porém, apesar de dizer que permanecia mantido o teor da informação fiscal anterior, o autuante apresentou novos demonstrativos.

O débito afinal apurado encontra-se à fl. 123.

Observe, porém, que no caso do item 1º o fiscal incluiu os meses de fevereiro e março de 2008, sendo que esses meses não constavam no lançamento originário.

Idêntica situação se repete no item 2º, sendo que, além dos meses de fevereiro e março, também foram incluídos os meses de junho e julho de 2008, que não constavam no lançamento originário.

Além disso, nota-se uma total incongruência dos valores apurados neste caso, pois a cada intervenção da autoridade autuante os valores apurados são outros, culminando com uma situação curiosa: ao excluir as operações da substituição tributária, em atenção ao critério da proporcionalidade, o débito, em vez de diminuir, aumentou, dobrou de valor.

Pior ainda: na última manifestação, à fl. 143, diante das inúmeras reclamações do contribuinte, detalhadas e pontuais, o fiscal, embora declarasse que permanecia mantido o teor da informação fiscal anterior, apresentou novos demonstrativos, com valores divergentes dos anteriores, sem nenhuma explicação quanto ao que foi feito ou deixou de ser feito, declarando, em apenas duas linhas, que “segue anexo cálculos que se fala nas ns folhas 87 (informação fiscal) e na folha 129 (manifestação do autuado). Vide folhas 137 a 142.” [sic]

Observe-se que a defesa apontou inúmeros equívocos, demonstrando-os um por um. O fiscal nada disse em seu novo pronunciamento. Sequer se refere aos questionamentos feitos pelo contribuinte.

Aliás, no tocante à questão da proporcionalidade, em face da reclamação do contribuinte, o fiscal refez os cálculos (sendo que com a “exclusão” efetuada o débito, em vez de diminuir, aumentou) apenas em relação ao ano de 2008, nada sendo feito, dito ou sequer insinuado quanto ao ano de 2009. Ora, não consta que a empresa tivesse mudado de ramo de atividade. Se ele vendia mercadorias do regime de substituição tributária em 2008, há que se convir que continuou vendendo em 2009. Trata-se de operações com cimento, blocos, tintas e outros materiais de construção.

Enfim, o lançamento está repleto de incerteza e iliquidez.

O contribuinte reclamou dos cálculos iniciais. Nas intervenções subsequentes, o problema agravou-se.

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 **210577.0029/11-4**, lavrado contra **MJ MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR