

PROCESSO - A. I. Nº 225061.0029/13-4
RECORRENTE - DANIELLA DE JESUS E SILVA CIRILO (FRIGORÍFICO DO MANÉ)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0317-03/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0117-12/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Na ação fiscal foram cometidos erros que tornam ilíquido e incerto o valor do ICMS exigido. Além do mais, houve claro cerceamento de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 00280-02/12, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 27/08/2013, exige crédito tributário no valor de R\$113.060,64, acrescido da multa de 70%, em razão do recolhimento a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional implicando, dessa forma, o não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011,

O autuado (fls. 61/67) apresenta, sucintamente, as seguintes razões de defesa:

1. Como o exercício da atividade fiscalizatória por agente de tributos somente passou a produzir efeitos a partir de 01/07/2009, nos termos do Decreto nº 11.806/2009, períodos anteriores a tal data não podem ser objeto de autuação por quaisquer agentes de tributos, mas tão somente por auditores fiscais. Transcreve o inciso II, art. 42 da legislação citada.
2. Menciona que ao lavrar o Auto de Infração, o agente de tributos omitiu-se de indicar qual o artigo da legislação tributária faz menção à incidência de ICMS em operações realizadas no fornecimento de carne bovina ao consumidor final, bem como se absteve de indicar qual base legal utilizou para definição de alíquotas. Neste sentido requer a nulidade da ação fiscal por cerceamento de defesa.
3. No mérito, esclarece que é empresa de pequeno porte que atua no comércio de carne (é um açougue), adquirindo mercadoria junto a frigoríficos, e, posteriormente, revendendo ao consumidor final.
4. Afirma que tal atividade não é tributável, estando isenta do ICMS, acorde art. 271, do RICMS/12. Salaria que não há no RICMS/BA qualquer previsão de incidência de ICMS nas operações relativas à comercialização de carne realizadas por açougues aos consumidores finais, muito menos, a incidência do imposto nestas operações, quando a referida empresa for enquadrada no Simples Nacional.

Pugna pela total improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 83/84 dos autos), contestando o argumento do impugnante sobre a sua incompetência para lavrar o Auto de Infração.

Quanto aos dispositivos legais infringidos, os mesmos encontram-se mencionados no corpo do Auto de Infração.

No mérito entende ser procedente as razões recursais diante das determinações do art. 271, do RICMS/12, pois “*ao analisar com mais cautela os relatórios nas páginas 10, 20 e 36 constata erro no enquadramento da infração e, por conseguinte no Auto de Infração [Improcedente]*”.

A 3ª JF prola a seguinte Decisão, após rejeitar a nulidade arguida pela empresa a respeito da incompetência de um agente de tributo ter lavrado a presente ação fiscal:

[...]

O sujeito passivo pugna pela improcedência da autuação, pois entende que como se trata de empresa de pequeno porte que atua no comércio de carne, classificando-se como açougue, adquire mercadoria junto a frigoríficos, e, posteriormente, revende ao consumidor final, portanto conforme previsto no Regulamento do ICMS/BA, a venda de carne não seria tributável, visto que tais operações gozam do benefício da isenção.

Quanto a esta alegação, constato que o autuado, optante do Simples Nacional desde 01/07/2007, com fundamento no art. 271 do RICMS/BA que isentou do ICMS as operações com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado, entendeu que essas operações, que se constituem na quase totalidade de suas transações comerciais, deveriam ser excluídas do cálculo da Receita Bruta para fins do cálculo dos impostos devidos.

Registre-se que a adesão ao Simples Nacional é facultativa e não compulsória. Constituinte-se em submissão a um regime específico de apuração simplificado com base na Receita Bruta auferida pelo optante que serve de parâmetro unificado para o cálculo de vários impostos, contribuições fiscais e previdenciárias.

A Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Simples Nacional em seu art. 24, estabelece a vedação da utilização de qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Como se depreende do dispositivo legal, ao optar pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições fica o contribuinte impedido de utilizar simultaneamente qualquer benefício ou desoneração tributária.

Ademais, como a apuração da base de cálculo no Simples Nacional depende da Receita Bruta auferida, da análise do art. 18 e dos §§ 1º e 4º, itens I a V da Lei Complementar nº 123/06, que trata das Alíquotas e Base Cálculo, verifica-se não restar dúvida alguma de que inexiste, sob qualquer pretexto, previsão para redução ou eliminação parcial da receita de vendas de mercadorias.

Assim, entendo que o contribuinte optante do Simples Nacional, por total falta de previsão legal, não pode excluir da receita bruta decorrente da revenda de mercadorias qualquer valor, mesmo se tratando de mercadorias amparadas por isenção, uma vez que o sistema de apuração do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições é exclusivo e não contempla a exclusão de qualquer mecanismo ou instituto tributário. Na utilização da Receita Bruta para o cálculo do imposto devido é necessário que o contribuinte apenas considere destacadamente as diversas receitas para fim de pagamento.

Poderia o contribuinte, ao fazer sua opção pelo Regime Simplificado, proceder a uma análise sobre a conveniência, ou não de aderir ao Simples Nacional, já que, sendo a preponderância de suas operações isentas, caberia uma avaliação comparando a repercussão da adoção de Regime Normal de Apuração.

Neste passo, ao contrário da conclusão a que chegou o autuante, entendo que existem receitas que não foram oferecidas à tributação pelo autuado.

No entanto, da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que o autuante deixou de colacionar as notas fiscais que serviram de base para o levantamento fiscal.

Observe que já se encontra sedimentado neste Conselho o entendimento de que é imprescindível o Fisco trazer aos autos a comprovação da realização da operação obtida junto ao fornecedor, anexando ao processo as notas fiscais colhidas pelo SINTEGRA, a fim de que se possa determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo.

Este órgão Julgador tem decidido no sentido de que há a necessidade da juntada ao PAF de todas as notas fiscais coletadas no SINTEGRA e CFAMT, a exemplo do acórdão CJF nº 0015-12/10 que confirmou Decisão de primeira instância deste CONSEF no sentido de que houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, a partir do descumprimento do quando previsto no art. 46 do RPAF/99, devido a falta de anexação de notas fiscais oriundas do Sistema CFAMT ao processo, a partir de terceiro que não é sujeito passivo na presente ação fiscal, enquadrando o fato no previsto no art. 18, II e IV, a, do RPAF/BA.

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

Diante disso, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 represento a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, a fim de exigir o crédito tributário em novo Auto de Infração a salvo do vício aqui apontado.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o contribuinte de ter recolhido a menos o ICMS declarado, referente ao Simples Nacional decorrente a erro na informação da receita ou de alíquota aplicada a menos, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2011.

Entendo que deve ser mantida a nulidade da presente ação fiscal, porém não sobre o argumento exarado ela JJF. Vejamos.

A 3ª JJF afastou a nulidade aventada pelo impugnante quanto ao fato do Auto de Infração ter sido lavrado por um agente de tributo e não se pronunciou a respeito da alegação defensiva de cerceamento de defesa por falta de base legal relativa à infração.

Adentrou no mérito da autuação rechaçando os argumentos de defesa.

Após todo este posicionamento, votou pela nulidade da ação fiscal uma vez que o autuante não colacionou aos autos as notas fiscais que serviram de base para o levantamento fiscal. Afirmou que esta tem sido a posição firmada por este Colegiado.

Diante destes fatos, entendo equivocada a Decisão ora recorrida.

Em primeiro, se existia vício insanável, como aduzido pela n. relatora, não poderia ela adentrar no mérito da autuação, como o fez, pois questão prejudicial a qualquer análise da infração ora ventilada.

Em segundo, a posição deste Colegiado não é tão sumária como entendeu a JJF. De fato, se as provas que embasaram a infração não estiverem apensadas aos autos, necessário que elas sejam perquiridas, juntadas aos autos e fornecidas cópias ao autuado, reabrindo-se seu prazo de defesa, para que não haja qualquer cerceamento do seu direito, bem como, para que a Decisão a ser tomada esteja embasada em provas materiais. Se após tais procedimentos, elas não forem carreadas aos autos e, conseqüentemente, serem provas desconhecidas ao autuado, aí sim, existirá vício insanável, devendo ser decretada a nulidade da ação fiscal. E tudo com base nas determinações dos §§ 1º e 2º, do art. 18, do RPAF/BA.

Feitas tais colocações, passo a pronunciar o meu entendimento em relação à presente fiscalização.

Analisando a presente ação fiscal, o autuante utilizou dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e débito e notas fiscais (fl. 10) que disse não estarem escrituradas no livro Registro de Entradas do contribuinte e capturadas no SINTEGRA e não no CFAMT, como disse a n. relatora.

Os dados das administradoras de cartões de crédito e débito estão contidos no CD apensado aos autos (fl. 54), porém sem se ter conhecimento se foi, ou não, dado a conhecer à empresa, uma vez que o recibo de fl. 51 assinado por ela somente menciona os “relatórios” elaborados.

As notas fiscais colhidas no SINTEGRA somente constam do levantamento de fl. 18, 34 e 49. Analisando superficialmente o levantamento “*Identificação da Receita Real Incluindo Omissões Apuradas – Anexo 4 (continuação)*” – fl. 13 referente ao exercício de 2009, tais documentos fiscais não deram base à apuração da receita total da empresa para determinação da alíquota. Este levantamento encontra-se todo baseado em omissões apuradas pelo levantamento dos cartões de

crédito e débito e em relação as mercadorias, que disse o autuante, não enquadradas no regime substituição tributária, conforme fl. 10 dos autos.

Inicialmente ressalta-se de que a atividade de fiscalização esta vinculada à lei (art. 142, do CTN). Em assim sendo, ela tem que, obrigatoriamente, está baseada em provas do ilícito fiscal cometido.

Em segundo, a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, portanto, deve estar a salvo de imperfeições.

Em terceiro, houve claro cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, pois o autuante utilizou dados que não se sabe, sequer, se foram entregues ao contribuinte.

Em quarto, o imposto pode ter sido calculado a menos pelo contribuinte tendo em vista as omissões de saídas de mercadorias apuradas através da auditoria de cartões de crédito e/ou débito, fato este em qualquer momento (a não ser pela análise dos levantamentos que ora se fez) acusado.

Pelo acima exposto, existem vícios no procedimento fiscal que tornou ilíquido o *quantum* a ser exigido, restando a acusação sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a irregularidade tributária atribuída ao sujeito passivo, além de claro cerceamento ao direito de defesa.

Por todas estas razões, divergindo da base que lastreou a Decisão da JJF, mantenho a nulidade do lançamento fiscal decida pelo órgão de 1º Grau, porém com os argumentos ora expostos.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, mediante determinação da autoridade competente, a salvo de equívocos e obedecidos os prazos decadenciais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso do Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 225061.0029/13-4, lavrado contra **DANIELLA DE JESUS E SILVA CIRILO (FRIGORÍFICO DO MANÉ)**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, mediante determinação da autoridade competente, a salvo de equívocos e obedecidos os prazos decadenciais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS