

A. I. Nº - 210621.0089/13-6
AUTUADO - JOÃO RODRIGUES DOS PASSOS
AUTUANTE - VALDECLIDES DE ASSIS FERREIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 30.06.2014

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-06/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Recomendação do refazimento do feito a salvo das falhas apontadas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2013, exige ICMS, no valor de R\$28.159,47, acrescido da multa de 75%, em decorrência de omissão de receita apurada através levantamento fiscal – Sem dolo.

Consta da descrição dos fatos que a empresa deixou de declarar as receitas com vendas de mercadorias nas DASN, referentes aos exercícios de 2009 a 2011, as quais foram apuradas através de levantamento fiscal às fls. 14/28 dos autos, conforme discriminado na coluna “L” do Anexo 2 - ano 2009 (fl. 18); ano 2010 (fl. 23) e ano 2011 (fl. 28), com enquadramento nos §§ 1º e 2º e Caput do art. 383, art. 388 do RICMS, aprovado pelo Dec. 6.284/97, c/c art(s). 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06 e multa tipificada nos art(s). 34 e 35 da Lei Complementar 123/06, inciso I do art. 44 da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal 11.488/07.

O autuado apresenta defesa às fls. 704/708 dos autos, afirmando, de modo preliminar, que possui contabilidade fiscal e tributária regular, mesmo no regime do Simples Nacional e na condição de “Empresa de Pequeno Porte”, em que reafirma e declara perante Lei Complementar Nº 123 de 14/12/2006 e do RICMS, através Decreto Nº 6.284 de 1997 e bem como da Lei Federal Nº 9430/96, que jamais deixa de cumprir com as obrigações fiscais e tributárias. Diz que houve um equívoco, ou seja, um erro material que seria sanável, com as declarações, retificadoras, que as legislações pertinentes permitem ou seja Federal, Estadual e Municipal.

Observa que, na Descrição dos Fatos a DD Auditora se contradiz ao afirmar que houve “Omissão de receita apurada através do levantamento fiscal – SEM DOLO”. Cita a definição de Omissão extraída do Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa de Caldas Aulete da Editora Delta. Destaca, ainda a ementa do ACÓRDÃO nº 103-23418.

Em seguida, diz que o enquadramento legal capitulado com base do Decreto nº 6.284/97 – Artigos citados na infração, durante o período fiscalizado, leva a requerer a anulação da autuação, pelo fato de não concordar, de como foi procedido o levantamento das bases de cálculos que deram origem ao referido auto.

Bases estas, que a luz do seu entendimento, devem ser reanalisadas e revistas, e por não ter sido considerado os recolhimentos dos DAS e ter ocorrido apuração indevida, em conformidade com os livros fiscais, livros estes que dão respaldos suficientes à Autuada, para provar que não houve a má fé de burlar o Erário e os livros contábeis Diário e Razão.

Destaca que, baseada na legislação pertinente e na documentação a ser apresentada, vale ressaltar que, todo réu tem o direito a ampla defesa e a decisão, esta fica mercê da autoridade julgadora.

Assim sendo, poderia divagar em aspectos jurisprudenciais administrativos e de âmbito judicial a cerca do problema tributário.

Sobre as provas, diz que, seqüenciado a parte preambular dos fatos, a que se refere a “Descrição dos Fatos”, desde já coloca, como sempre esteve à disposição do Fisco, para apreciação e análise da documentação contábil e fiscal que julgar necessária, onde:

- (1) as mercadorias que deram origem as vendas tem os devidos registros contábil/fiscal do estabelecimento, portanto não é aplicável o termo omissão de receita demonstrada na Infração;
- (2) na Infração, lavrada pela autuante designada, registrou vendas de mercadorias tributáveis, apurada por levantamento fiscal como determina a legislação pertinente fundamentada pela Lei complementar Nº 123/2006 e alterações, e ainda o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia e demais diplomas legais que tratam do regime Simples Nacional.

Assim, a impugnante afirma que tem registros na sua contabilidade nos períodos que foram fiscalizados de 2009 a 2011, conforme normas do Conselho Federal de Contabilidade, portanto não causou danos ao Erário Estadual ou Federal, não podendo ser penalizado, com um Auto de Infração, não ter causado dolo ou prejuízo, para o lapso que ensejou os fatos.

Desde já, está à disposição da autoridade julgadora todo acervo contábil da impugnante, como prova principal, para dirimir e esclarecer quaisquer dúvidas, quanto à lisura dos registros dos atos e dos fatos praticados no dia-a-dia da movimentação contábil/fiscal, pois, pelos motivos acima expostos, requer uma perícia contábil fiscal, por não aceitar o Auto de Infração, nos termos que foi lavrado de modo aleatório, arbitral desproporcional, por possuir a autuada elementos comprobatórios para evitar a autuação aplicada pelo fisco, desprezando controle contábil.

Argüi, também, nulidade de feito fiscal, em função da descrição e tipificação dos fatos, por não ter considerado a opção da Autuada; e por via de consequência não pode acatar o crédito tributário, sem fundamento para sua realização em face de análise dos fatos e documentos comprobatórios.

Diante dos fatos, requer a Impugnação e nulidade do referido Auto em toda a sua extensão.

A autuante, às fls. 759 a 761 dos autos, apresenta a informação fiscal relatando que a empresa autuada, deixou de declarar as receitas com venda de Mercadorias nas DASN, referentes aos períodos Fiscalizados. A receita apurada foi calculada dentro dos padrões da legalidade, extraídas pelas Notas Fiscais de Saídas, modelo D-1 apresentadas pelo contribuinte, digitadas em Planilhas às fls. 30/273 e conferidas por representante legal da empresa, fl. 274.

Diz que as Declarações do Simples Nacional, não foram retificadas antes do início da ação Fiscal, buscando corrigir o "equivoco" referido pelo autuado na sua defesa, de modo que o ICMS cabível pelas vendas de mercadorias tributadas, fossem recolhidos ao Erário estadual.

Salienta que os livros registros de entrada e registro de saídas, assim como todos os documentos solicitados pela fiscalização foram apresentados, ensejando em provas documentais para a lavratura do presente auto de Infração. A base de cálculo foi apurada, tomando por base todas as notas fiscais de saídas, modelo D-1, referentes às vendas com alimentação e similares, apresentadas à fiscalização, que, explicitadas em planilhas, revelam a seqüência numérica dos talonários, data de emissão e os valores das notas fiscais emitidas, conforme as fls. 30/273 do PAF e PAIDF anexadas às fls. 762/ 767.

Diz que o autuado anexa ao PAF, planilhas às fls. 749/751, onde se pode observar que a base de cálculo ali mencionada, na sétima coluna, trata-se das mesmas informações contidas nos extratos do Simples Nacional, às folhas nº 625/696, declarando os faturamentos brutos dos serviços com retenção/substituição tributária de ISS, exceto nos períodos de 01/2009; 08,09 e 10/2010 e 12/2011,

que informam as receitas com vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição Tributárias/ ICMS.

Assevera que em nenhum momento houve confirmação dos recolhimentos referentes aos ICMS devidos. As DASN apresentadas às folhas 752/755, referem-se a recolhimentos de outros tributos da cesta do Simples Nacional, como COFINS, INSS/CPP, CSLL e IRPJ, como podemos verificar nas segregações das receitas recolhidas explicitadas nos extratos do Simples Nacional, constantes no PAF.

Diante do exposto, com base na fundamentação supra, requer a procedência do Auto de Infração em tela.

VOTO

Versa a autuação sobre a atribuição ao sujeito passivo do cometimento de irregularidade concernente à legislação do ICMS por ter praticado omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, exigindo o imposto no valor de R\$28.159,47, acrescido da multa de 75%, na forma dos Anexos às fls. 18, 23 e 28 dos autos, relativo aos anos de 2009, 2010 e 2011, respectivamente, com enquadramento nos §§ 1º e 2º e Caput do art. 383, art. 388 do RICMS, aprovado pelo Dec. 6.284/97, c/c art(s). 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06 e multa tipificada nos arts. 34 e 35 da Lei Complementar 123/06, inciso I do art. 44 da Lei Federal 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal 11.488/07.

A alegação da Fiscal Autuante é de que o sujeito passivo deixou de declarar as receitas com venda de mercadorias na DASN, referente aos períodos fiscalizados, onde à luz da leitura dos termos da defesa, o autuado é enfático ao afirmar de que jamais deixou de cumprir as obrigações fiscais e tributárias junto aos entes governamentais, ademais se observa nos “**Extratos do Simples Nacional**” acostado às fls. 629 a 696, relativo a todo o período fiscalizado, a declaração de informação de valores de venda de mercadoria no campo “**Revenda de mercadoria, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação**”, para todos os meses da autuação, referendando as informações da Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) às fls. 752/756.

Da análise estritamente do “quantum” até aqui apresentado, não me parece assertivo a afirmação de que o sujeito passivo deixou de declarar as receitas com venda de mercadorias na DASN e que por isso não houvera partilha de ICMS, relativo aos recolhimentos do Simples Nacional, para o período fiscalizado, como deixa entender a autuante na sua Informação Fiscal. Na realidade não houve partilha de ICMS para o Estado da Bahia, dado que toda a venda declarada na DASN, pelo sujeito passivo, encontra-se no campo em que indica relacionar a operações de revenda de mercadoria acobertada pelo regime de substituição tributária, que, à luz da legislação, estaria fora de incidência do imposto do Simples Nacional no âmbito do ICMS, uma vez que já houvera sido pago antecipadamente na forma que opera o regime de substituição.

Há de se observar entretanto, que, para fundamentar a autuação, a Fiscal Autuante acosta aos autos “**Demonstrativo de Receita**”, “**Apuração do ICMS a Recolher**”, entre outros demonstrativos, todos extraído de sistema interno da SEFAZ de uso em roteiros de auditoria para operações relacionadas a Contribuinte Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que é o caso objeto em análise. Acosta, ainda, “**Relação de Notas Fiscais de Saída – DI**” (fls. 30/273) para todo o período da autuação, cópias dos “**Livros de Entradas**” – Ano 2009, 2010 e 2011 (fls.281/624); além dos “**Extratos do Simples Nacional**”, já destacado anteriormente, bem assim “**Relação de DAE’s**” pagos pelo sujeito passivo diretamente aos cofres do Estado nos anos de 2009, 2010 e 2011 (fls. 768/772v).

Como tal, após uma análise mais acurada das peças que compõe o processo administrativo fiscal, apesar de não estar bem definido, leva a interpretar de que a acusação de omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, com o destaque de “**sem dolo**”, conforme se observa da descrição dos fatos (fl. 01) da autuação, refere-se a vendas constantes da “**Relação de Notas**

Fiscais de Saída – DI” (fls. 30/273), que não teria sido informada na DASN do período da ação fiscal, e que por isso não teria sido objeto da base de cálculo do imposto Simples Nacional e por conseguinte não houvera partilha de ICMS para o Estado da Bahia.

Poder-se-ia entender como procedente a autuação, caso a autuante acostasse aos autos documentos que efetivamente demonstrassem que as vendas constantes da “**Relação de Notas Fiscais de Saída – DI**” (fls. 30/273), não compõem o volume de vendas já informado, pelo sujeito passivo à época da ocorrência dos fatos geradores, nas DASN’s competentes dentro do campo “**Revenda de mercadoria, exceto para o exterior, com substituição tributária/tributação monofásica/antecipação com encerramento de tributação**”, conforme anteriormente destacado, bem assim, de que essas vendas não se relacionam a mercadorias acobertadas pelo regime de substituição tributária, já que na “**Relação de Notas Fiscais de Saída – DI**” (fls. 30/273), não consta a descrição do produto vendido, nem tampouco acosta aos autos cópia dos livros Registros de Saídas, que diz, na informação fiscal, juntar aos autos.

Portanto, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, declaro nulo o Auto de Infração por inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada, bem assim, por entender que é inviável seu saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada na juntada de documentos para a comprovação dos fatos, bem assim falta de clareza de qual fato gerador está cobrando o imposto, acarretando incerteza na autuação, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal.

Com fundamento no art.156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falha acima apontada, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, as operações de vendas constantes da “**Relação de Notas Fiscais de Saída – DI**” (fls. 30/273), não são acobertadas pelo regime de substituição tributária, bem assim que os valores de vendas já declarados pelo sujeito passivo constantes dos “**Extratos do Simples Nacional**” (fls. 629/696) não contemplam essas vendas.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 210621.0089/13-6, lavrado contra **JOÃO RODRIGUES DOS PASSOS**. Recomenda-se à autoridade fazendária verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte fiscal a salvo dos equívocos apontados.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR