

A. I. N° - 179856.0074/15-9
AUTUADO - ENXOVAIS LOU EIRELEI - ME
AUTUANTE - EBENEZER DE SOUZA
ORIGEM - INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 22/11/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0214-03/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que, mesmo após diligência para suprir o óbice de não constar nos autos demonstrativo analítico da origem da apuração, não foi carreado aos autos. É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Recomendado o refazimento do feito a salvo da falha apontada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/11/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$36.628,61, em razão do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01-17.02.01. Recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas 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 outubro de 2014 a setembro de 2015. Exigido o valor de R\$34.403,07, acrescido da multa de 75%. Demonstrativo às fls.19 e 20.

Infração 02-17.01.01. Falta de recolhimento de ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, no mês de janeiro de 2015. Exigido o valor de R\$2.225,54, acrescido da multa de 75%. Demonstrativo à fl. 21.

O Autuado apresenta impugnação, fls. 27 a 37, articulando os argumentos a seguir sintetizando.

Depois observar a tempestividade da Impugnação e reproduzir o teor da acusação fiscal, afirma seu entendimento de que o Auto de Infração não possui esteio tributário por ter sido lavrado com CNPJ da filial, ou seja, do estabelecimento autuado, contrariando o §3º do art. 79, da Resolução CGSN nº 94/2011.

Assinalou também que o Auto de Infração também é nulo por não descrever de forma clara e objetiva qual fora o fato e a infração de fato ocorridos, bem como, por não informar expressamente as hipóteses de redução das penalidades.

Explica que os Princípios Constitucionais da ampla defesa e do contraditório, exigem que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulo o presente Auto de Infração dado que deixa de respeitar fielmente os requisitos básicos legais para sua lavratura, cerceando, inclusive, seu direito de plena defesa.

Arremata frisando que, em vistas dos fatos e fundamentos expendidos, torna-se primordial a declaração de nulidade do Auto de Infração e a conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Ao cuidar do mérito em relação à Infração 01, destaca que os cálculos e valores encontrados pelo Autuante se mostram equivocados e divergentes dos constantes nas Reduções “Z” que encontram-se em poder do Órgão Fiscalizador, conforme demonstra através dos Demonstrativos das Reduções “Z”, fls. 67 a 70, nos quais se constatam que os valores extraídos das Reduções “Z” se equiparam aos valores informados pelas operadoras de cartões de crédito/débito e quando aqueles divergem, normalmente superam os valores destes.

Destaca que os valores encontrados e informados pela fiscalização nos anexos referentes aos documentos fiscais e Reduções “Z” fornecidos para todos os períodos e meses apurados, não condizem com a realidade física e documental apresentada e que se demonstra mais uma vez através dos Demonstrativos das Reduções “Z”, em anexo com valores extraídos diretamente das Reduções “Z”, estas que também se encontram em poder da SEFAZ, e podem, se necessário e concedido prazo hábil, serem apresentados mais uma vez, o que não se faz nesta oportunidade em razão do curto prazo de defesa.

Observa que nos Demonstrativos das Reduções “Z” apresentado na maioria dos meses informados, os valores fornecidos pelas operadoras de cartões coincidiram com os valores das Reduções “Z”, e quando estes divergiram, foram para maior em relação àqueles e não todos a menores e divergentes como informados pelo Autuante.

Arremata frisando que se constata ter havido equívoco por parte do Autuante ao encontrar as diferenças informadas de omissão de saída e uma simples conferência dos Demonstrativos das Reduções “Z” que anexa podem confirmar estas informações, o que torna nula esta Infração.

Quanto à Infração 02, que lhe imputa a falta de recolhimento do ICMS referente ao Simples Nacional no mês de janeiro de 2015, esclarece que resta desconfigurada, pois descrita equivocadamente pelo Autuante devendo ser cancelada de pleno direito, uma vez que apresenta cópias do Extrato do Simples Nacional, do Histórico do DAE e do comprovante de pagamento do DAE com datas de vencimento e pagamento do dia 20/02/2015, que anexa às fls. 71 a 76

Registra que uma vez inexistentes as diferenças apontadas pela fiscalização, conforme diz ter demonstrado, as alíquotas também foram aplicadas erroneamente, pois serão reduzidas de acordo com os valores reais das bases de cálculos e, consequentemente, reduzirá consideravelmente o total do débito informado no Auto de Infração, se não reduzido a zero.

Diz constatar-se, mais uma vez, a nulidade desse item da autuação que se acatada, merecem ser revistas e reajustadas.

No tocante às multas aplicadas e os juros observa que o valor alocado pela autuação e as multas impostas são reveladoras da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, que pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática vedada pela CF/88, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Cita o inciso IV, do art. 150, da CF/88, e menciona a doutrina pátria reproduzindo ensinamentos dos juristas, Orlando de Pilla Filho e João Roberto Parizatto, para fundamentar seu argumento de que se mantidas as penalidades e juros deveram ser reduzidos ao suportável pela capacidade contributiva

Conclui pugnando que:

- a) Seja declarada a nulidade do Auto de Infração, e se assim não entendido;
- b) Seja o feito convertido em diligência a fim de se apurar as informações aqui prestadas;
- c) Constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, que sejam procedidos aos recálculos do real valor devido expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 78 a 80, depois de sintetizar as razões de defesa do impugnante alinha as ponderações que se segue.

Inicialmente, observa que o Autuado de forma equivocada, fl. 31, recorre à figura da Nulidade para defender-se da autuação, alegando cerceamento de defesa. Rechaça também, fl. 33, uma possível cobrança indevida dos valores apurados no Auto de Infração, alega que foram aplicadas alíquotas em desacordo com a tabela e os cálculos e valores encontrados se mostram equivocados e divergentes dos constantes nas Reduções “Z” que se encontram em poder deste Órgão fiscalizador, conforme demonstra também a autuada através dos Demonstrativos das Reduções “Z” em anexo, nos quais se constatam que os valores extraídos da Reduções “Z” se equiparam aos valores informados pelas operadoras de cartões de crédito/débito e quando aqueles divergem, normalmente superam os valores destes.

Esclarece que não houve cerceamento de defesa, haja vista que o Autuado tomou conhecimento dos documentos, conforme se verifica à fl. 07, na qual o mesmo declara que recebeu todas as planilhas de 2014 e 2015, mais o CD contendo todos os movimentos referentes às vendas no cartão de crédito/débito, não havendo, assim, qualquer irregularidade processual.

Quanto à preliminar suscitada pela autuada, fl. 31 a 33, registra que não tem qualquer amparo jurídico. Observa que as alegações nela contidas têm caráter meramente procrastinatório.

Apresenta os dados constantes nos autos que considera também, importantes que respaldaram a autuação. Explica que da análise do “Relatório de Omissão Mensal Cartão (TEF)”, dos exercícios 2014 e 2015, verifica-se que o autuado apresentou divergência vultosa, respectivas, setembro de 2014 - R\$100.076,13, outubro - R\$240.684,12, novembro - R\$248.310,73 e Dezembro - R\$438.524,21, fl. 10, Receita Total Apurada da Empresa (N) = (L+M) TOTAL = R\$1.027.595,19 e 2015 R\$1.201.191,02, apuradas quando do cruzamento entre o total de operações MFD - Memória da Fita Detalhe. Destaca que os dados declarados em PGDASD pelo contribuinte, fls. 09, totalizando R\$590.590,78, em 2014 e 2015 R\$740.568,11.

Acrescenta assinalando que, ainda no exercício de 2014 as administradoras de cartões de crédito e/ou débito prestaram informações de operações (TEF), que totalizam o valor de R\$409.505,22. Quanto à informação prestada pelo autuado à Receita Federal acerca de receita (consignada em extratos PGDA), foi no valor total de R\$590.590,00, fls. 09. Observa que já no ano de 2015, as informações prestadas pela administradora de cartões de crédito e/ou débito totalizaram R\$740.568,11, fls.17.

Informa que constatou que houve uma omissão no valor de R\$390.327,92, no exercício de 2014 e R\$403.263,72, em 2015.

Diz não haver procedência na alegação na aplicação do percentual da tabela, uma vez foram aplicadas, conforme percentuais estabelecidos no Anexo-1, da citada Lei Complementar.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Em pauta Suplementar, esta 3ª JJF converteu os autos em diligência, fl. 83, para que o Autuante:

1. Apensasse aos autos cópia do Relatório TEF do período auditado;
2. Elaborasse e acostasse aos autos demonstrativos analíticos explicitando mensalmente o confronto entre as documentações fiscais emitidas para as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito ou de débito e as operações informadas pelas financeiras e administradoras de cartões que resultaram nas omissões de receitas apuradas;
3. Intimasse o Autuado para entrega dos demonstrativos do item anterior e para que apresente, se lhe aprouver, a documentação fiscal emitida para cada um dos boletos fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito e de débito elencada no Relatório TEF. Reabrindo expressamente o prazo de defesa de sessenta dias;

4. Caso fosse atendida a intimação pelo impugnante examinasse a perfeita correspondência da data e do valor entre cada documento fiscal e o respectivo boleto constante do TEF diário por operação. Apensasse aos autos, por amostragem, cópias das notas fiscais cujas operações resultem em total convergência e, depois de excluir do levantamento fiscal as operações cujos boletos possuam notas fiscais comprovadamente emitidas, elaborar novos demonstrativos de apuração e de débito.

O Resultado da diligência, fl. 86, apresentado pelo Autuante destaca que anexa à fl. 88, o Relatório TEF diário por operações e assinala que à fl. 07, o Autuado declara que recebeu todos os demonstrativos. Observa que, como não foram colacionados novos documentos, e que por isso, não necessita a reabertura de prazo.

Intimado do resultado da diligência, fls. 91 a 96, o Autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

De plano, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante por ofensa ao devido processo legal pelo fato de o Auto de Infração não ter sido lavrado o AINF previsto no §1º, do art. 79, da Resolução CGSN nº 94/2011, ou seja, o documento único de autuação a ser utilizado por todos os entes federados e lavrado com o CNPJ de sua matriz como prevê o §3º do mesmo artigo.

Depois de examinar a legislação de regência constato não prosperar a alegação da defesa, haja vista que o §8º, do art. 129, da Lei Complementar nº 123/06 foi alterado pelas Resoluções de nº 98, de 13 de março de 2012, de nº 104, de 12 de dezembro de 2012 e de nº 109, de 20 de agosto de 2013, todas essas alterações estatizando, depois da disponibilização do Sistema Único de Fiscalização, Lançamento e Contencioso - SEFISC, a faculdade de alternativamente serem utilizados os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado. A última alteração estabeleceu que para os fatos geradores ocorridos de 1º de janeiro de 2012 até 31 de dezembro de 2014 poderão ser adotados os procedimentos administrativos fiscais dos entes federados até 31/12/2017, *in verbis*:

Resolução CGSN nº 109

[...]

§8º Depois da disponibilização do Sefisc, poderão ser utilizados alternativamente os procedimentos administrativos fiscais previstos na legislação de cada ente federado até 31 de dezembro de 2013, para fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2011, e até 31 de dezembro de 2014, para fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2012, observado o disposto neste artigo. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 33, § 4º)"

Logo, não há que se falar em ofensa ao devido processo legal, como aduz o defendantem em relação à lavratura não ter sido realizada através do citado documento único, eis que, o presente Auto de Infração foi lavrado em total consonância com a legislação de regência que facilita expressamente a aplicação dos procedimentos administrativos fiscais de cada ente federado

Entretanto, ao examinar os demonstrativos, fls. 08 a 23, que fundamentam a acusação fiscal dos dois itens da autuação, verifica-se que, apesar de discriminarem a apuração da exigência fiscal de forma sintética, para cada um dos períodos mensais de apuração, não se encontram acompanhados dos demonstrativos analíticos identificando a origem dos valores apurados. A ausência dos dados relativos à origem nos autos dificulta o pleno exercício da ampla defesa do sujeito passivo.

Na busca da verdade material, esta 3ª JJF deliberou, em pauta suplementar, converter os autos em diligência, fl. 83, para que o Autuante acostasse aos autos e fornecesse cópia ao Impugnante reabrindo o prazo de defesa, o demonstrativo analítico da origem dos valores apurados, ou seja, o confronto entre a documentação fiscal emitida pelo autuado para cada um dos boletos indicado no Relatório TEF diário por operações.

O Autuante apresenta o resultado da diligência informando que os demonstrativos já se encontravam acostados aos autos e que foram entregues ao Autuado.

Assim, resta patente nos autos que mesmo solicitado em diligência por essa 3^a JJF, não foram carreados aos autos pelo Autuante os imprescindíveis demonstrativos analíticos para que o Impugnante pudesse efetuar sua defesa.

Logo, entendo que remanesce nos autos óbice que impede o sujeito passivo exercer seu direito de defesa e, nestes termos, afigura-se caracterizado o motivo expresso no inciso II, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Diante do exposto, considerando que a ausência dos demonstrativos analíticos no Auto de Infração implicam cerceamento do direito de defesa, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, e represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, salvo dos equívocos apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **179856.0074/15-9**, lavrado contra **ENXOVAIS LOU EIRELEI - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2017.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR