

A. I. Nº - 210617.0006/18-9
AUTUADO - AVESSE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO CEZAR RAMACCIOTTI GUSMÃO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.09.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0149-04/18

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado. Vício jurídico substancial. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/04/2018, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de novembro de 2016 a dezembro de 2017 (Infração 17.03.02), sendo exigido ICMS no valor de R\$48.000,29, acrescido da multa de 150%.

Consta ainda a seguinte informação: “*A empresa omitiu receita e consequentemente deixou de recolher os tributos devidos. A apuração foi feita pelas notas fiscais eletrônicas de entrada e TEF.*”

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 14 a 20, dizendo que foi acusado de praticar omissão de saída de mercadoria tributáveis, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administrativa de cartões de crédito – com dolo, deixando de observar a sua condição de optante do regime do SIMPLES NACIONAL.

Entende que a imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização, específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL.

Entende que a exigência do imposto, com a metodologia de cálculo como foi efetuada no presente lançamento, não é apropriada ao enquadramento das empresas do Regime do Simples Nacional.

Após transcrever o disposto no art. 2º do RPAF/BA, diz que a intenção do legislador baiano foi de assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Ocorre que quando tal enunciado remete aos princípios de direito e invoca necessariamente a Constituição Cidadã, marco histórico da nova era democrática que coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o ESTADO DE DIREITO. Sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna.

Aduz que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível, como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN, quando se usa o princípio do *in dubio* pro contribuinte.

Acrescenta que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal, sendo que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como bem está expresso no trecho da Revista dos Tribunais, cujo texto transcreve.

A Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem, atribuem encargos, deveres ou funções, para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Assevera que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Nesse sentido, não podem prosperar tais imputações por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público.

Pede a nulidade da ação fiscal, em virtude dos vícios apontados.

No que diz respeito à metodologia utilizada pela autuante, assevera ser equivocada, por se utilizar de roteiro de fiscalização inadequado e dissociado da técnica, uma vez que se trata de empresa optante do regime de recolhimento simplificado. Ressalta que o referido regime tem método específico de apuração do imposto devido. Assim, no caso em exame, nos moldes como foi apurado o débito a infração mostra-se inadequada à metodologia de cálculo utilizada, haja vista que traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido.

Desse modo, afigura-se inequivocamente demonstrada a falta certeza do valor devido. Logo, resta configurado, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para ser determinada, com segurança e liquidez, a infração, impondo-se a sua nulidade.

Enfatiza que a autuante deixa de observar o devido processo legal, na medida em que exige o cumprimento da obrigação principal, utilizando método de apuração não respaldado em roteiros de auditoria adotados pela SEFAZ. Vale dizer, o roteiro de auditoria desenvolvido pela autuante não é próprio para a situação e não permite que se determine com segurança a infração e o valor do imposto.

Acrescenta que o Sistema AUDIG gera demonstrativos e relatórios de informações a respeito do contribuinte, especialmente para àqueles sujeitos passivos optantes pelo Simples Nacional, como é o caso dos autos.

Ocorre que, no procedimento fiscal ora analisado, o fiscal autuante, não utilizou o roteiro previsto no Sistema de Auditoria Digital, muito menos seguiu roteiro de fiscalização em consonância com a LC nº123/06, ocasionando a nulidade do Auto de Infração em comento.

Frisa que o auto em questão se refere a contribuinte inscrito no Simples Nacional e que o levantamento fiscal foi efetuado a partir dos livros e documentos fiscais apresentados pela autuada. Assim, o imposto devido deveria ser apurado, mês a mês, mediante aplicação do roteiro de auditoria AUDIG, apurando-se os movimentos de numerários e calculando-se a Receita Real para ser comparada com a receita informada pelo contribuinte no PGDAS.

Explica que neste tipo de Auditoria são emitidos relatórios, a exemplo de “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECOLHER” e, para determinação da alíquota, deve-se considerar a receita global da empresa, ou seja, a receita omitida adicionada à receita declarada pelo contribuinte, e não serão computadas para o cálculo do ICMS, as vendas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, valor esse que será apurado no momento da segregação da receita, conforme previsto no § 4º, do art. 18 da Lei Complementar nº123, de 14/12/2006.

Fala que o Simples Nacional foi instituído pela referida lei, que estabelece um pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias. No levantamento fiscal, são adicionadas às vendas declaradas os valores das diferenças apuradas no “levantamento de caixa” e não declaradas pelo contribuinte nos respectivos meses, encontrando-se a receita total. Deve ser realizada a segregação e apuração da omissão de receita, de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme prescreve o § 4º, do art. 18 da Lei Complementar 123, de 14/12/2006. Com a nova receita calculada, são apurados os débitos observando as alíquotas constantes no Anexo 1 da referida LC 123/06, e devem ser considerados no levantamento fiscal, os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte.

Diante do exposto, na forma em que foi feita a apuração do imposto, a autuante desconsidera o ditame legal vigente e contraria as decisões deste órgão julgador administrativo baiano, como atestam os acórdãos que indicou e transcreveu.

Finaliza solicitando a Nulidade do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 31/33, esclarecendo que a fiscalização seguiu rigorosamente as recomendações legais aplicáveis ao procedimento fiscal. A aplicação das multas e as definições de alíquotas são especificadas no devido instrumento legal.

Ressalta que a defesa está fundamentada no argumento de que a apuração deveria ser feita pelo sistema AUDIG e que houve inobservância dos requisitos legais, apontando artigos do RPAF/BA cujo teor transcreve.

Após, diz que nos artigos citados pelo contribuinte não se percebe motivos para o Auto de Infração ser considerado nulo, pois não houve qualquer prejuízo ao princípio do direito de defesa, não havendo qualquer omissão em relação ao artigo 41 do RPAF citado.

Acrescenta que a defesa não apresentou nenhuma contestação sobre o fato gerador, base de cálculo, período da infração e alíquotas aplicadas, restringindo-se, tão somente o fato de que a apuração não foi feita pelo sistema AUDIG, como se essa maneira de apuração fosse a única e infalível maneira de se apurar o imposto devido.

Informa que no processo estão presentes a Intimação para apresentação de livros e documentos, assinada pelo representante da empresa e não contestado pela mesma, apuração dos valores devidos, com as devidas discriminações dos períodos fiscalizados e demais demonstrativos, relatório TEF de 2016 e 2017, comprovando vendas nos cartões de crédito e débito e ainda o extrato do Simples Nacional, informando que desde 09/2016, as receitas informadas são nulas, ou seja a empresa informa que não houve faturamento, e em consequência, não efetuou um único recolhimento no período.

Observa que o faturamento em 2017 superou R\$1.300.000,00, apenas com pagamento em cartão. Na apuração foram levadas em consideração as vendas registradas no TEF, que informa vendas na modalidade cartões. O próximo passo, foi consultar os extratos do Simples Nacional e constatar se as informações prestadas estavam de acordo com o montante apurado. Uma vez constatada a diferença, foi lavrado o Auto de Infração.

Afirma que o sistema AUDIG não faz parte da legislação, é apenas um instrumento criado pela SEFAZ para dar mais agilidade na apuração do tributo devido, e ressalta que todas as informações sobre o montante apurado, base de cálculo, aplicação das alíquotas e todo o procedimento da execução do Auto de Infração foram informados ao representante legal da empresa, no ato da ciência do mesmo.

Enfatiza que as multas e demais acréscimos legais são previstos no Regulamento do ICMS-Ba, e todo o processo de apuração e aplicação das alíquotas estão previstos na lei que regula o Simples Nacional.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito.

O impugnante alega nulidade da ação fiscal por falta de certeza da base de cálculo para apuração do imposto, uma vez que não foi aplicado o roteiro de auditoria correta para as empresas enquadradas no Simples Nacional. Em assim sendo, o imposto deveria ter sido apurado adotando o sistema AUDIG de fiscalização (roteiro de auditoria adotado pela SEFAZ), específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes do referido regime.

O autuante, por sua vez, informa que o sistema AUDIG não faz parte da legislação tributária e é apenas um instrumento criado pela SEFAZ para dar mais agilidade na apuração do tributo. Informa que foram comparadas as vendas registradas no relatório TEF com as receitas informadas nos extratos do Simples Nacional, que desde 09/2016 são nulas, constatando as omissões, objeto do presente lançamento.

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não foram obedecidas as normas estabelecidas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, pois não foram anexados documentos comprobatórios da infração.

Saliento que a apuração das irregularidades cometidas por empresas regidas pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional, se submetem às determinações da Lei Complementar 123/06 e da Resolução CGSN 94/11 - para o caso específico em lide.

O sistema AUDIG de fiscalização foi desenvolvido pela SEFAZ para contemplar todas as peculiaridades tributárias atinentes ao Simples Nacional, e de aplicação nas fiscalizações em empresas optantes por tal regime. Trata-se portanto de uma ferramenta auxiliar na auditoria, entretanto, qualquer outra modalidade adotada pela fiscalização dentro das determinações da Lei Complementar nº 123/2006, pode ser usada para a apuração do imposto mensal devido por uma empresa optante do Simples Nacional.

Isto posto, verifico que a metodologia utilizada pela fiscalização, foi a de comparar os valores informados no Relatório de Informações – TEF, fornecidos pelas Administradoras de Cartão de débito/crédito, com às receitas informadas nos extratos do Simples Nacional, que se encontravam zeradas. Tal procedimento não pode ser adotado, pois neste roteiro de auditoria o comparativo deve ser efetuado entre as informações contidas no referido Relatório e as vendas através de documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, através de cartão de crédito ou de débito.

No presente caso, constato que o contribuinte sequer foi intimado a apresentar os documentos fiscais de saídas de mercadorias, conforme se observa na intimação para apresentação de livros e documentos anexada à fl. 04 do PAF. O fato do extrato do Simples Nacional se encontrar zerado, não é prova suficiente para se configurar a presunção de omissão de saídas prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Ademais, verifico que apesar da autuante asseverar que a irregularidade apurada foi decorrente do comparativo entre as vendas registradas no relatório TEF e as receitas informadas nos extratos do Simples Nacional, no Auto de Infração, consta a informação de que: *“A empresa omitiu receita e consequentemente deixou de recolher os tributos devidos. A apuração foi feita pelas notas fiscais eletrônicas de entrada e TEF.”*

Diante destas constatações, razão assiste ao impugnante de que existe insegurança na apuração da exigência ora em lide em decorrência de metodologia inadequada utilizada pelo autuante para apuração do imposto.

Assim, há portanto nestes autos, um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado, fato motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, inciso, IV do RPAF-BA/99.

Por tudo quanto exposto, as demais alegações de defesa restam prejudicadas.

Por tais razões, voto pela Nulidade do auto de Infração.

Recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de repetição do ato de lançamento, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210617.0006/18-9**, lavrado contra **AVESSO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR