

A. I. Nº - 110419.0023/17-6
AUTUADO - JOCEANE BARBOSA DA SILVA - ME
AUTUANTE - JOSELINA PINHEIRO CABRAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0226-04/18

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS EM VALOR SUPERIOR AO DECLARADO NO PGDAS. NULIDADE. Restou comprovado que o levantamento fiscal tomou por base dados constantes do PGDAS de contribuinte diverso ao do autuado. Impossibilidade de refazimento dos cálculos, tendo em vista que os levantamentos foram efetuados com base em versão de AUDIG já expirada. Declarado de ofício **NULO** o Auto de Infração, ante a total insegurança do lançamento. Recomendação para renovação do procedimento fiscal, devendo ser observado o prazo decadencial. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em comento, teve sua expedição ocorrida em 24/11/2017, objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$109.287,65, mais multa de 75%, prevista pelos arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, e inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

O autuado, através do seu patrono, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 44 a 61, onde, de forma preambular, requer que todas as intimações e publicações, por qualquer meio, relacionadas ao presente processo sejam feitas exclusivamente e/ou concomitantemente em nome do seu patrono cujo nome e endereço se encontram dispostos à fl. 44 dos autos e, também, no rodapé da peça defensiva.

Em seguida referiu-se a inexistência de custas, tempestividade da defesa, e, após efetuar uma síntese dos fatos que deram origem à autuação, ingressou propriamente nos termos da impugnação, onde requer a nulidade do Auto de Infração por insegurança na determinação da acusação.

Para tanto alegou a existência de contradições no Auto de Infração vez que a autuante enquadrou a infração com base no art. 319 do RICMS/2012 e arts. 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar nº 123/06 e na Resolução CGSN nº 94/11, os quais transcreveu, argumentando que não há tipificação de conduta nos artigos considerados como infringidos.

Após se referir ao art. 129 (sic) do RPAF/BA, porém transcrevendo incisos relacionados ao art. 39 do mesmo regulamento, pontua que, com base nos mesmos, percebe-se que da análise do enquadramento do Auto de Infração e da leitura dos referidos dispositivos não há relação de nexo de causalidade, razão pela qual considera viciado o ato.

Nesse rumo assevera que inexistindo justa causa para a lavratura do Auto de Infração sob impugnação, ilegítimo e nulo e apresenta a proposta de lançamento ora hostilizado, cuja pretensão está eivada de nulidade absoluta, acrescentando que a impropriedade normativa é gritante, já que como consta o Auto de Infração, não exsurge o ânimo sancionatório exigido na exação, o que também, por este prisma, marca de nulidade absoluta a pretensão do Fisco.

Arguiu, ainda, que no caso presente, pela ilegitimidade do Auto de Infração, cuja irrogação de conduta ilícita não passa de equívoco e cujos dispositivos oferecidos não possibilitam o

entendimento esposado na exação nem para uma defesa meritória, tem-se como ilegítima a autuação, razão pela qual assevera que deve ser declarado nulo o Auto de Infração.

Referindo-se aos arts. 18 e 39 do RPAF/BA e a decisões de Tribunais pátrios, passou a apontar o que considerada como outras faltas existentes no Auto de Infração.

Neste aspecto diz que não se pode defender pois não há enquadramento adequado da infração, enquanto que o sujeito passivo deve ter pleno conhecimento da acusação que lhe é imputada para que possa adequadamente rebatê-las sob pena de nulidade do lançamento. A este respeito menciona decisão oriunda do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Discorreu acerca da avaliação contraditória sobre a prova, e passou a reportar-se sobre o que intitulou de “suposta omissão”. A este respeito mencionou que da legislação apontada pela autuante aduz que seria penalizável a omissão de receitas ou o pagamento a menos do tributo.

Diz que consta do Auto de Infração a descrição de que omitiu registro de saídas de mercadorias, demonstrada pelos extratos de vendas “conseguidos”. A este respeito pontua que o levantamento fiscal foi efetuado supostamente com base nos dados constantes nos arquivos da SEFAZ (TEF, arrecadação e notas fiscais eletrônicas recebidas e emitidas), no banco de dados da Receita Federal (PGDAS/DASN) e documentos fiscais que apresentou (notas fiscais de saídas e LRE), ou seja, tudo que a autuante analisou foram dados meramente declaratórios, passíveis de retificações e alterações. Assim, afiança que a base legal do Auto de Infração encontra respaldo em norma que não condiz com a conduta descrita.

Passou em seguida a sustentar o caráter confiscatório da multa aplicada, a qual considera ilegítima, sendo que, para consubstanciar seus argumentos transcreveu decisões originárias do Supremo Tribunal Federal, citou a Lei nº 9.298/96 que estipula que a multa não pode exceder a 2%, tendo em vista que este percentual faz referência aos casos de não cumprimento da obrigação. Requereu a redução da multa ao patamar constitucional, citando precedentes.

Ao final requereu a suspensão da exigibilidade do crédito com fulcro no art. 151, III do CTN e apresentou os seguintes pedidos:

- a) Citação concomitante entre seu patrono e o autuado, para qualquer finalidade;
- b) O reconhecimento da improcedência do Auto de Infração entendendo que há nulidade, e, portanto, necessidade de se reiniciar a fase do procedimento fiscal com ampla defesa e contraditório, com o respectivo provimento da impugnação;
- c) A suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior deliberação, assim como a suspensão da exclusão do Simples Nacional ou qualquer outra medida penalizadora.
- d) Redução do percentual da multa do percentual de 75% para 20% em caso de improvimento da nulidade do Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal, fls. 75 e 76, onde após apresentar uma síntese da defesa, passou a se pronunciar, destacando que a lavratura do Auto de Infração obedeceu a todos os requisitos previstos na legislação vigente.

Acrescentou em seguida que a descrição dos fatos esclarece as infrações cometidas, o período fiscalizado, a indicação dos demonstrativos elaborados (Anexos 1, 2 e 3), e o banco de dados que serviram de base para o levantamento, atendendo assim os requisitos de clareza e precisão dos fatos. Vale ressaltar que os dados utilizados foram coletados dos arquivos oficiais da SEFAZ e da Receita Federal e que os mesmos revelam a situação fiscal da empresa no período fiscalizado, não cabendo, portanto, a alegação de que são documentos meramente declaratórios e passíveis de alterações. Foram utilizados também os talões de notas fiscais de saídas apresentadas pelo contribuinte.

Pontua que os demonstrativos produzidos durante o levantamento foram entregues à autuada conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos (fls.35 a 39) em mídia, cuja cópia também foi anexada ao Auto de Infração (doc. 34), oferecendo, desta maneira, todos os elementos para sua ampla defesa.

Por outro lado, menciona que é cediço que o AUDIG, programa utilizado para a elaboração dos cálculos e aceito pelo Consef, atende a todos os requisitos do RPAF/BA descabendo, portanto, todas as alegações de que não houve clareza na apuração dos dados, vez que os mesmos detalham com precisão as informações confrontadas, concluindo suscitando o julgamento do presente Auto de Infração em conformidade com os fatos acima descritos.

Em 30/05/2018 o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem nos seguintes termos:

*Da análise efetuada nas planilhas elaboradas pela autuante, constantes na mídia eletrônica (CD) de fl. 34, foi constatado que todas as PGDASD-APURAÇÃO integrantes da referida mídia referem-se a contribuinte diverso do autuado, ou seja, enquanto a autuação se refere a **JOCEANE BARBOSA DA SILVA – ME, CNPJ nº 008.288.013/0001-1-0** as citadas PGDASD indicam outro contribuinte, ou seja, **ROBERTO CARDOSO SOUZA – ME, CNPJ 17.573.871/0001-05**, situação esta que inviabilizou a conferência dos valores concernentes a receita bruta acumulada indicadas nos demonstrativos elaborados pela autuante.*

Diante deste fato, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal por converter o presente processo em diligência a INFAZ de origem no sentido de que a autuante adote as seguintes providências:

- 1 – Efetue juntada de mídia eletrônica contendo as PGDASD do autuado, referentes aos períodos abrangidos pela autuação;*
- 2 – Idem, em relação ao chamado “Anexo Dados Gerais” citados nos demonstrativos juntados aos autos, porém ausente do PAF;*
- 3 – Em face desta solicitação, caso necessário sejam elaborados novos demonstrativos dos cálculos efetivados na autuação;*
- 4 – Efetuar entrega ao autuado e ao seu representante legal, de cópia desta solicitação de diligência e das mídias acima solicitadas, com reabertura do prazo de defesa para manifestação pelo autuado.*
- 5 – Havendo pronunciamento pelo autuado, a autuante deverá também se manifestar.*

Após o atendimento do quanto aqui solicitado, o PAF deverá retornar ao CONSEF para efeito de conclusão da sua instrução e posterior julgamento.

Em atendimento ao quanto acima solicitado a autuante se pronunciou à fl. 82 citando que analisando a mídia eletrônica constante à fl. 34 do PAF verificou que houve um lapso da sua parte ao lançar os dados do PGDAS da empresa Roberto Cardoso Souza – ME, CNPJ 17.573.871/0001-05 nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, estando corretos os dados que se referem ao autuado em relação aos exercícios de 2013 e 2014.

Esclarece que os dados foram colhidos através do AUDIG numa versão já expirada, não sendo, portanto, possível corrigir o engano utilizando o mesmo programa. Diante disto solicita permissão para efetuar novos cálculos no sistema AUDIG atualizado que, certamente, irá corrigir as inconsistências verificadas.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS no total de R\$109.287,65, de contribuinte inscrito no Regime do Simples Nacional, sob a acusação de que houve “*omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – sem dolo*”, referente aos exercícios de 2013 a 2017.

Ao analisar os demonstrativos elaborados pela autuante, ficou comprovado que o levantamento fiscal tomou por base dados constantes do PGDASD, referente a contribuinte diverso do autuado, ou seja Roberto Cardoso Souza – Me, enquanto que a autuação se refere a Joceane Barbosa da Silva – Me.

Este fato motivou o encaminhamento do processo em diligência à INFAZ de origem, no sentido de que a autuante anexasse aos autos mídia eletrônica contendo os dados do autuado, e que fossem refeitos os cálculos.

Em atendimento, a autuante se pronunciou informando que verificou que houve um lapso da sua parte ao lançar os dados do PGDAS da empresa Roberto Cardoso Souza – ME, CNPJ 17.573.871/0001-05 nos exercícios de 2015, 2016 e 2017 estando, entretanto, corretos os dados que se referem ao autuado em relação aos exercícios de 2013 e 2014.

Acrescentou que os dados foram colhidos através do AUDIG, numa versão já expirada, não sendo, portanto, possível corrigir o engano utilizando o mesmo programa. Diante disto, solicita permissão para efetuar novos cálculos no sistema AUDIG atualizado, que certamente irá corrigir as inconsistências verificadas.

Ora, diante do quando acima declarado pela própria autuante, não há como se sustentar o presente lançamento, inclusive em relação aos exercícios de 2013 e 2014, onde esta afirma que os dados em relação a estes estão corretos, na medida em que os dados obtidos através da AUDIG já expirada não são confiáveis, e que a própria autuante solicita que sejam efetuados novos cálculos.

Desta maneira, entendo desnecessário maiores comentários acerca da questão e diante da flagrante insegurança no lançamento, de ofício e com fundamento no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, declaro nulo o presente Auto de Infração, recomendando, porém, que o procedimento fiscal seja renovado, a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **110419.0023/17-6**, lavrado contra **JOCEANE BARBOSA DA SILVA – ME**. Recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado, a salvo da falha apontada, devendo ser observado o prazo decadencial.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, em 12 de dezembro de 2018.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR