

A. I. Nº - 179856.0019/18-2
AUTUADA - LA PULPERIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA
AUTUANTE - EBENEZER DE SOUZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 02.04.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-05/19

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. NATUREZA DA INFRAÇÃO DESCONEXA COM ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA IRREGULARIDADE. Acusação fiscal não se coaduna com o procedimento de auditoria. Desconsiderados valores pagos via cupons fiscais, através de cartões de crédito. Proporcionalidade das operações com tributação antecipada calcada em critérios não demonstrados. Autuação anterior acerca da mesma infração para o mesmo exercício fiscal. Refazimento do procedimento a salvo de falhas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale inicialmente asseverar, que o presente relatório está acorde com os parâmetros pontuados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

A cobrança está lastreada nas seguintes irregularidades:

Infração 01 – 17.01.01

Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

Falta de pagamento

O montante reclamado de imposto atinge o valor histórico de R\$57.711,44 e diz respeito aos meses de fevereiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a março e agosto a dezembro de 2017.

A irregularidade teve como enquadramento legal a violação ao art. 21, I da LC 123/06, com multa de 75%, na forma do art. 44, I, da Lei Federal 9.430/96 e alterações posteriores.

Infração 02 – 17.04.01

Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

O montante reclamado de imposto atinge o valor histórico de R\$34.513,97 e diz respeito aos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a abril e junho a dezembro de 2014, além de fevereiro de 2015.

A irregularidade teve como enquadramento legal a violação ao art. 18, §4º, da LC 123/06, com multa de 75%, na forma do art. 44, I da Lei Federal 9.430/96 e alterações posteriores.

Empresa tomou conhecimento da intimação em 12.7.2018 e 01.8.2018 para apresentar livros e documentos fiscais (fls. 09/10), e o auto de infração foi lavrado em 23/7/2018, com ciência do contribuinte em 01/8/2018.

Foram apensados os seguintes demonstrativos:

- Anexo 1: Apuração Mensal Omissão de Saída das vendas com Cartão de Débito e Crédito (fls. 11, 19, 27 e 42)
- Anexo 2: Apuração de Existência de Divergência de Base de Cálculo (fls. 14, 22, 30, 37 e 45).

- Anexo 2A: Apuração da Receita Total da Empresa (fls. 15, 23, 31, 38 e 46).
- Anexo 2B: Infrações Apuradas – Receitas sem ST (fls. 16, 24, 32, 39 e 47).
- Anexo 2C: Infrações Apuradas – Receitas com ST (fls. 18, 25, 33, 40 e 48).
- Anexo 3: Apuração da Alíquota do ICMS a Recolher (fls. 12, 20, 28, 35 e 43).
- Anexo 3 (cont.): Segregação do ICMS a Recolher por Infração (fls. 13, 21, 29, 36 e 44).

Tais planilhas não constam em mídia eletrônica nos autos.

Defesa oferecida em 28/9/2018 (fls. 57/62), tendo como linhas de sustentação:

1. Ser nula a intimação de ciência do auto de infração, porquanto não foi disponibilizada para o contribuinte, cópia digital dos demonstrativos e planilhas entregues em mídia impressa, razão porque estaria obnubilado o direito de defesa.
2. Ser nula a autuação por não ter sido determinada a natureza da infração, não só porque o enquadramento legal foi muito superficial, não fez compreender exatamente as supostas irregularidades praticadas, como também inexistem elementos probatórios e demonstrativos no PAF que possam assegurar precisamente os motivos da infração e o porquê delas alcançarem os montantes respectivos.
3. Pelo mérito, afirma que apresentou à fiscalização os arquivos das memórias das fitas-detalhe (MFD), os “extratos do Simples Nacional” (sic; fl. 60), de modo que a partir deles era possível a ela conhecer todas as operações praticadas pelo contribuinte e todos os documentos emitidos pelo equipamento emissor de cupons fiscais (ECF), conforme imagens de documentos fiscais anexadas na defesa.
4. Apesar disto – continua a autuada -, o preposto fiscal não lançou nenhum valor a título de vendas com cartão com emissão de documentos fiscais, seja com origem na redução Z, seja com origem nos valores “PGDASD”. Logo, segundo se alega, o agente fiscal comparou os valores informados pelas administradoras de cartões com “nada” (sic; fl. 61), mesmo tendo elementos que pudessem apurar os montantes de operações declarados pelo sujeito passivo. E que aquele servidor soma os valores havidos como omissão de saídas aos valores declarados pela autuada nas respectivas PGDAS, “o que carreta em receitas inventadas” (sic; fl. 61).
5. Ainda no mérito, argui o contribuinte ter sido fiscalizado em 2015, ocasião em que recebeu o auto de infração 222.829.0004/15-6, alcançando os exercícios de 2013 e 2014 e envolvendo a mesma motivação que caracteriza o presente lançamento de ofício.
6. Por fim, aduz que o preposto fiscal apura percentual para proporção da substituição tributária sem especificar o critério utilizado e sem apresentar os demonstrativos para os valores apurados, circunstância que só faz reforçar o cerceamento ao direito de defesa e a ofensa ao contraditório.

Pede, então, preliminarmente, a nulidade do lançamento, e, no mérito a sua improcedência.

Em seu informativo fiscal (fls. 73/76), o servidor autuante, após replicar *alguns* argumentos defensivos, afirma ter entregue ao sujeito passivo todos os demonstrativos e “papéis” (sic; fl. 75) que norteiam os levantamentos de fiscalização, sendo que os procedimentos apostos no art. 8º, §3º, têm aplicação no segundo momento do trâmite do processo fiscal, que é a fase de defesa; assevera que a empresa não apresentou as MFDs nos prazos estabelecidos em lei, mesmo sendo intimada para fazê-lo; disse genericamente que a infração fiscal foi perpetrada em razão da autuada ter classificado incorretamente mercadorias sujeitas à substituição tributária, gerando pagamento a menor dentro do sistema do ‘Simples Nacional’, trazendo em seguida um exemplo numérico; e, finalmente, para a alegação de que a impugnante tinha sido fiscalizada em suas competências de 2012 a 2014, garante que o ano de 2012 ficou de fora deste PAF e que de 2014 a 2017 a cobrança não tratou das mesmas infrações aqui caracterizadas.

E arremata pleiteando a procedência parcial da autuação.

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Mister apreciar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

Levanta-se uma primeira nulidade do lançamento, tendo em vista não ter sido disponibilizada para o sujeito passivo a mídia eletrônica contendo os arquivos entregues em papel.

De fato, há dispositivo geral no regulamento procedural baiano (art. 8º, § 3º), indicando que demonstrativos e planilhas em formato digital devem ser anexados aos autos, conforme lembrado na defesa, fl. 58.

Entretanto, esta é uma norma voltada para dentro do processo, ou seja, no sentido de dar melhor organização e controle para que este seja impulsionado corretamente, não significando, com o seu desatendimento, que suscite anulação da exigência fiscal.

A verificação de nulidade se dá quando um defeito formal ou material insuperável ocorre na relação jurídica travada entre as partes envolvidas, de modo a comprometer seriamente a sua continuação, à custa de sacrifícios irreversíveis de direitos e princípios que lhes são caros.

Haveria anomalias se a falta de entrega da mídia eletrônica ao contribuinte implicasse em cerceamento de defesa, mitigação do contraditório ou de qualquer outro princípio ou direito considerado fundamental para a relação processual prosseguir.

Todavia, verifica-se à fl. 11, que a empresa recebeu e tomou conhecimento de todos os demonstrativos que lastream a cobrança tributária, até porque a impugnação foi produzida abordando todos os aspectos entendidos como necessários, desferindo-se ataques de forma e de fundo, mostrando que o contribuinte teve acesso aos pormenores da autuação.

De conseguinte, preservados o contraditório e a ampla defesa, afasto este pedido de nulidade.

O mesmo não se pode dizer, entretanto, com relação à segunda arguição de nulidade.

A primeira infração alude à falta de pagamento de ICMS regido pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas empresas integradas ao “Simples Nacional”, mas não se consegue saber exatamente as razões pelas quais se deu a ausência de recolhimento.

Aliás, nem seria falta de recolhimento, visto que, pelas demonstrações feitas pelo preposto fiscal, o contribuinte anteriormente houvera realizado pagamentos espontâneos, de sorte que o melhor enquadramento seria de pagamento insuficiente ou a menor.

Já a segunda infração, enseja falta de recolhimento de ICMS, por serem computadas equivocadamente receitas tributadas antecipadamente, quando, segundo se alega, aludem a receitas tributáveis pelo “Simples Nacional”. Não obstante, não se presta esclarecimentos adicionais sobre tal equívoco, nem se diz baseado em quais elementos de conformação este erro foi cometido pela autuada.

Ademais, embora tal aspecto não acarrete nulificação, o enquadramento legal feito na acusação fiscal, deveria apontar para algo mais específico, não apenas mencionar os arts. 18 e 21 da LC 123/06, sem conjugá-los com outros dispositivos que tipificassem melhor o cometimento da irregularidade.

O principal é que, tanto na descrição dos fatos, quanto nos demonstrativos elaborados ou no informativo fiscal, não se consegue determinar com precisão e segurança a natureza da infração e se extrair com minudências o montante do débito tributário, através de planilhas analíticas que apontassem para as circunstâncias pelas quais se deu o recolhimento a menor na infração 01, e o detalhamento das receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à tributação antecipada que

deixaram de ser consideradas pelo sujeito passivo, com discriminação dos documentos fiscais e respectivos valores objeto da autuação, em face da infração 02.

Ante a controvérsia da MFD (série 2202 5620 1201 0025 8369) ter sido entregue ou não para a fiscalização (fl. 60), deveria ter sido lavrado um termo de ocorrência atestando a omissão perpetrada pela defendant, circunstância a partir da qual ensejaria a quantificação da base tributável através de outras metodologias, inclusive pela via da técnica do arbitramento.

Por outro lado, havendo movimentações de vendas lançadas em equipamento fiscal e gravadas digitalmente, não seria concebível que se considerasse nulas as “reduções Z” a serem registradas na coluna “B” dos Anexos 1 – Apuração Mensal da Omissão de Saída das Vendas com cartão de débito/crédito (TEF), consoante se consigna nas fls. 11 (2013), 19 (2014), 27 (2015) e 42 (42). **Não há inclusive, Anexo 1 para o ano de 2016, o que também compromete o lançamento.**

Oriundas do Anexo 2-A, há no Anexo 2-B (fls. 16, 24, 32, 39 e 47) menção a receitas “apuradas” não subordinadas à substituição tributária sem se saber exatamente de onde provieram e por que alcançaram aqueles montantes. Tudo sem haver concatenação e explicação lógica que pudesse aclarar as imputações quantitativas. Mesmo depois de oferecidas as informações fiscais pelo agente fiscal, que se limita a dizer que a proporcionalidade para encontrar-se a receita não antecipada partiu do “volume de entradas da competência considerada” (fl. 75), sem haver comprovação robusta do quanto afirmado.

Tais afirmativas partem do que se pressupõe ter originado a autuação, mas não há elementos probatórios nos autos para saber o que motivou a infração 01 e qual o montante discriminado analiticamente para a infração 02. Registre-se que a alíquota aplicada a menor para a infração 17.01.01 decorre de uma suposta omissão de receita não identificada precisamente nos levantamentos fiscais. Por outro lado, não há demonstração coerente e discriminativa dos motivos pelos quais se concluiu ter havido consideração indevida de vendas sujeitas à substituição tributária, quando deveriam ser de vendas normais, portanto sujeitas à tributação pelo regime jurídico do Simples Nacional.

Agrava mais ainda a situação, o fato de ter havido para alguns exercícios alcançados neste PAF autuação anterior. Efetivamente, compulsando-se nos sistemas fazendários os dados do AI 222.829.0004/15-6, constata-se ter havido ali lavratura para a mesma infração 17.01.01, no período de maio de 2012 a dezembro de 2013 (e não só para 2012, como dito pelo autuante à fl. 75), o que também traz insegurança para delimitar se está havendo duplicidade de exigência ou não.

Por todos estes motivos, uma cobrança assim fundamentada, não criaria a solidez necessária para continuar sendo mantida, por lhe faltar elementos e fundamentação necessários para a eventualidade do ajuizamento da execução fiscal.

Assim, tendo em mira o disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF-BA, abaixo reproduzido, melhor será refazer-se o procedimento a salvo das falhas e inconsistências atrás indicadas, levando-se em conta inclusive os efeitos decadenciais produzidos, para que a cobrança se torne sólida o suficiente para ganhar exigibilidade judicial.

“Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

b) em que se configure ilegitimidade passiva” (negritos da transcrição).

De todo o exposto, voto pela NULIDADE do presente lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **179856.0019/18-2**, lavrado contra **LA PULPERIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA**, recomendando-se à unidade fazendária de origem do lançamento, tomar as providências cabíveis para encaminhar o PAF a quem de direito, no sentido de, à vista dos fatos geradores aqui analisados, renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR