

A.I. Nº - 210434.0032/18-9
AUTUADO - BAR LIGHT COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - OSVALNICE REGINA SANTANA DA COSTA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/11/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-04/19

EMENTA ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. **b)** Valor da receita informada na DASN inferior ao encontrado nos documentos emitidos. Incerteza quanto ao valor do imposto a ser lançado. Vício jurídico substancial. Ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária. Infrações nulas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/10/2018, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$32.953,16, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - 17.03.16- Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - sem dolo - no valor de R\$3.488,10, nos meses de fevereiro, março e outubro de 2014, fevereiro a abril, junho a dezembro de 2015, janeiro a março de 2016, com multa aplicada de 75%.

Infração 02 - 17.04.01 - Deixou de recolher 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, nos meses de janeiro de 2014 a junho de 2017, no valor de R\$29.465,06.

O autuado apresenta defesa (fls. 38 a 40), inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Após, solicita a nulidade da notificação, alegando que o demonstrativo elaborado pela fiscalização está em discordância com a realidade empresarial por ele exercida, vez que se está exigindo ICMS, e na realidade as operações se referem ao ISS, conforme demonstra as Notas Fiscais de serviços eletrônico números, 004 a 008, 010 a 0045, 0047 a 077 e 0079, comprovando assim os serviços realizados, assim como a irregularidade desta cobrança.

Entende que o referido auto de infração foi lavrado com erros, devendo ser verificada a ocorrência apontada e calcular o tributo realmente devido, evitando causar um prejuízo a empresa, já que realiza um trabalho digno e honesto, com emissão de várias notas fiscais, para um órgão que estava prestando serviços, FONTE NOVA NEGÓCIOS E PARTICIPAÇÕES.

Explica que a referida empresa contratou os seus serviços para realizar vendas de ingressos de jogos esportivos na Fonte Nova, não devendo ocorrer cobrança de ICMS e sim ISS.

No mérito, assevera que o Auto de Infração traz como fatos geradores a omissão de saída de mercadorias tributadas, nos exercícios de 2014 a 2017, apurada através de cartão de crédito ou débito e substituição tributária, o que na verdade não ocorreu, pois como se pode notar e verifica, a empresa engloba na declaração Anual e PGDAS – Declarações Mensais, todas as saídas com

substituição tributária, e mais, todas as notas fiscais de serviços, que somadas encontra-se o resultado informativo na planilha nacional.

Esclarece que se trata de empresa constituída neste estado a 14 anos, operando no ramo de vendas de bebidas em grandes festas desta cidade do Salvador, sendo elencada como uma grande empresa e sempre procurou, apesar das dificuldades que passa os empresários deste País, cumprir com suas obrigações fiscais.

Finaliza, pedindo a correção das referidas planilhas e verificados todos os erros, reduzindo os valores exigidos, assim como as multas e juros, para que possa dar continuidade à sua atividade empresarial.

A autuante, ao prestar a informação fiscal às fls.115/116, após transcrever o teor das infrações, diz que a autuada solicita a nulidade do Auto de Infração, porém, entende que os argumentos apresentados são meramente protelatórios, pois não têm nenhum fundamento, além de não ter sido apresentado nenhum fato novo que justifique tamanhas irregularidades tributárias, portanto entende ser totalmente descabido o seu pedido.

Quanto ao mérito, ressalta que a fiscalização realizada foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando assim, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL.

Observa que a autuada não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal e que sustentem as suas frágeis alegações. O que se nota, das alegações apresentadas, é que não foram trazidas as provas necessárias e suficientes capazes de sustentá-las, não apontando de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do ICMS exigido no auto de infração.

Explica que autuada foi indicada para ser fiscalizada, visto que não vinha efetuando o recolhimento do ICMS Simples Nacional e que foi detectado que ao longo dos anos, vinha declarando através da DASN via Receita Federal, informações que não eram verdadeiras, ou seja, para fugir do recolhimento do ICMS Simples Nacional, declarava que as mercadorias eram da Substituição Tributária. Por outro lado, quando foram inseridas as informações no Sistema AUDIG, o batimento foi feito pelas ENTRADAS para que fosse verificado realmente o que era ou não da Substituição Tributária. Basta observar os relatórios “Cálculo da Receita Apurada” nas páginas 11, 18, 25 e 32 que foi aplicado à proporcionalidade devida.

Entende que, em um restaurante, o maior volume de vendas é com a alimentação fornecida e não na bebida consumida, talvez isto explique o porquê da autuada estar declarando via Receita Federal que 100% dos seus produtos eram da Substituição Tributária. Por outro lado, a autuada desconhece também o RICMS, bem como a Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL, quando pede a nulidade do auto.

Finaliza, mantendo na sua integralidade o Auto de Infração.

Na assentada de julgamento, 15 de abril de 2018, os membros da 1ª JJF deste Conselho observaram que, para embasar a acusação fiscal, foram anexadas planilhas sintéticas, fls. 08 a 34, desacompanhadas dos respectivos demonstrativos analíticos, demonstrando as diferenças entre os valores informados no Relatório TEF e as vendas através de documentos fiscais realizadas pelo sujeito passivo, através da modalidade de cartão de crédito/débito, (infração 01), assim como a Base de Cálculo do ICMS - receita sem ST (infração 02).

Considerando que na apuração da receita Total, informada no Anexo 2-A, observaram que foram computadas as Receitas de prestação de serviços e sobre este total foi aplicada a proporcionalidade para a apuração da “Receita sem substituição tributária”, resultando na Base de Cálculo para a exigência da infração 02.

Por estas razões, o processo foi convertido em diligência para que o autuante tomasse as seguintes providências:

1. Anexasse ao PAF o demonstrativo analítico que apurou a OMR – Omissão de receita apurada pelo TEF (cartão) (ANEXO I), que serviu de base para a exigência da infração 01, assim como a memória de cálculo da proporcionalidade/ST;
2. Se pronunciasse em relação à argumentação defensiva de que na Receita Bruta para fins de cálculo do ICMS exigido na infração 02 foram computadas operações tributadas pelo ISS. Caso positivo deverá ser elaborado novos demonstrativos excluindo tais operações.

Após, a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados nos itens anteriores, assim como cópia do Relatório Diário de Operações TEF concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

A autuante, ao cumprir a diligência, fl. 126, informa estar anexando ao PAF um CD contendo todos os demonstrativos analíticos que apurou a OMR – Omissão de receita apurada pelo TEF (cartão) (ANEXO I), que serviu de base para a exigência da infração 01, assim como a memória de cálculo da proporcionalidade/ST.

Em relação à argumentação defensiva, de que na Receita Bruta, para fins de cálculo do ICMS exigido na infração 02, foram computadas operações tributadas pelo ISS, informa que todas as notas fiscais de ISS anexadas aos autos pela empresa foram computadas no batimento realizado via sistema AUDIG, conforme relatório de Apuração da Receita Total da empresa (anexo 2) fls. 11, 18 e 25, razão pela qual não foram elaborados novos demonstrativos.

Informa ainda estar anexando consulta dos dados cadastrais da empresa, onde se verifica que a sua atividade econômica principal é 5611202- Bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas, assim como cópias dos artigos da Lei Complementar nº 87/96, com as normas pertinentes a esta atividade.

Finaliza, mantendo integralmente o Auto de Infração.

Foi enviada intimação, via correios, para o contribuinte para o endereço cadastrado nesta secretaria e anexado Aviso de Recebimento informando a devolução da correspondência, por mudança de endereço, fl. 136 e 139.

Em seguida, o sócio Sr. Gerolino Sena Cerqueira foi intimado, no seu endereço residencial, data de ciência em 01/07/2019, conforme Aviso de Recebimento, anexado à fl. 143, porém não houve qualquer manifestação.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter omitido saídas tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões (infração 01), não ter recolhido o ICMS em razão de ter considerado receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do lançamento por entender que o demonstrativo elaborado pela fiscalização está em discordância com a realidade empresarial exercida pela empresa. Alega, em relação a infração 01, que, na sua declaração Anual e PGDAS - Declarações Mensais, estão incluídas todas as saídas com substituição tributária e notas fiscais de prestação de serviços e este fato não foi considerado pela fiscalização.

Quanto à infração 02, sustenta que todas as suas operações são tributadas pelo ISS, conforme atesta as Notas Fiscais de serviços eletrônicas, nºs 010 a 045, 047 a 077 e 079, emitidas para a empresa Fonte Nova Negócios e Participações S.A., cujas cópias anexou às fls. 44 a 115, em razão de ter sido contratada para realização de vendas de ingressos de jogos esportivos na Fonte Nova.

Tendo em vista que as fotocópias anexadas pelo defendente relativas aos documentos acima mencionados, fls. 41 a 113, tratam-se de Notas Fiscais de prestação de serviços, o processo foi convertido em diligência para que a autuante esclarecesse se tais operações foram computadas na Receita Bruta para fins de cálculo do ICMS exigido na infração 02.

Em resposta a tal solicitação, a fiscalização externou o entendimento de que: *“as notas fiscais de ISS anexadas aos autos pela empresa foram computadas no batimento realizado via sistema AUDIG, conforme relatório de Apuração da Receita Total da empresa (anexo 2) fls. 11, 18 e 25, razão pela qual não foram elaborados novos demonstrativos”*.

Após análise dos demonstrativos acima mencionados, constato que diferentemente da afirmativa da autuante, os valores das Receitas de prestação de serviços compuseram a Base de Cálculo para exigência do imposto exigido na infração. Isto porque a Base de Cálculo para a exigência da Infração 02 incluiu as seguintes rubricas: Receita Declara Mantida + Receita de Prestação de serviço mantida. Sobre o total apurado foi excluído o percentual das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e aplicado a alíquota do ICMS.

Como exemplo, cito o mês de fevereiro de 2014 onde

Receita Declarada Mantida	37.940,76
Receita de Prestação de Serviços	18214,12
Total	56.154,88
Prop ST	90,48%
Prop Normal	9,52%
B. Cálculo	5.345,94
Aliq. ICMS	2,56%
Imposto Devido	136,86

Dessa maneira, o cálculo, levado a efeito pela fiscalização, encontra-se totalmente comprometido, pois incluiu operações não alcançadas pelo ICMS. A diligência designada pelo órgão julgador objetivava primordialmente examinar a alegação defensiva de que foram computadas equivocadamente operações tributadas pelo ISS. Competiria ao Fisco ajustar os demonstrativos que embasaram a exigência, mas infelizmente, tal solicitação não foi cumprida face a interpretação equivocada do agente fiscal.

Da mesma forma, a infração 01 também fica comprometida, pois de acordo com os papéis de trabalho anexados às fls.08 a 35 e planilhas inseridas no meio magnético à fl. 131 após diligência requerida por este órgão julgador observo que o valor da omissão de saída apurada foi efetuada apenas através do comparativo entre as vendas informadas nas reduções “Z” e o informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito, enquanto que a empresa comprovadamente realizava operações tributadas pelo ISS.

Inclusive, em vários meses as omissões apuradas pela fiscalização são inferiores ou exatamente iguais às Receitas de prestação de serviços. Por exemplo, no mês de fevereiro de 2014 a omissão de receita é de R\$18.214,12, valor igual à receita de prestação de serviços. No mês subsequente, março de 2014 a omissão é de R\$20.437,60 enquanto que a receita de Prestação de serviços é de R\$49.234,13.

Em face de tais pressupostos, concluo pela existência de vícios na acusação fiscal da falta de recolhimento do ICMS com base nos levantamentos efetuado pela fiscalização, o que compromete a base de cálculo do imposto apurado, desgarrada da realidade fática, atributo motivador de nulidade do procedimento fiscal, de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA (aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

Inexistindo, pois, elementos que determinem com clareza, o cometimento da infração imputado ao sujeito passivo do lançamento fiscal, conforme indicação desse RPAF/BA, são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa, as decisões não fundamentadas e o lançamento de ofício que não contenham elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração.

Diante do exposto, sou pela NULIDADE das infrações 01 e 02.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando 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 210434.0032/18-9**, lavrado contra **BAR LIGHT COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR