

A. I. Nº - 217366.0024/18-0
AUTUADO - RIBEJO MERCADINHO LTDA.
AUTUANTE - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO – INTERNET 21.09.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-02/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante não evidenciam qual a metodologia aplicada na apuração da base de cálculo utilizada na determinação do imposto lançado, sequer o roteiro de auditoria aplicado. Existe clara incerteza quanto à constituição da base de cálculo do imposto lançado, o que configura ausência de elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Nulidade do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de setembro de 2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$126.291,54, bem como multa no percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **17.01.01**. Deixou de recolher o ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, ocorrência constatada no período de janeiro a dezembro de 2014, fevereiro a dezembro de 2015, janeiro a novembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017.

Consta a seguinte descrição dos fatos pelo autuante: *“O contribuinte regularmente intimado, apresentou a documentação fiscal, tendo ocorrido certa dificuldade para apresentação do livro caixa ou do movimento de caixa referentes ao período fiscalizado, de 2014 a 2017. Foi detectada a utilização de um percentual de proporcionalidade pelo contribuinte, conforme consta em seus extratos do Simples Nacional, extremamente elevado, em valores médios de 10% para segregação de receita, o que deixaria 90% do valor da receita auferida para ser tributada. Tal percentual de proporcionalidade, relativos às receitas, embora tenham sido declarados pelo contribuinte, se mostrou atípico, não se mostrando adequado para as suas operações, razão pela qual foi feita a opção pela proporcionalidade pelas compras, cujos relatórios foram anexados.*

Procedeu-se à reconstituição dos lançamentos relativos ao período fiscalizado, com base nos desembolsos efetuados com aquisição de mercadorias, bens e serviços, e nos valores auferidos com as operações de venda, conforme constam nos livros caixa e no RESUMO LIVRO CAIXA RIBEJÓ ALIMENTOS, apresentado pelo contribuinte.

A partir dessa reconstituição, foram evidenciados saldos credores na conta caixa, conforme se vê no Demonstrativo A – Movimento Mensal de Caixa, elaborados para cada exercício fiscalizado.

Com base nesses valores de receita omitidos, e com base em dispositivos legais e regulamentares, foi apurada falta de pagamento do ICMS Simples Nacional devido sobre o faturamento, no período fiscalizado, conforme demonstrativos de Desembolsos com Aquisições de Mercadorias, Bens e Serviços, Movimento Mensal de Caixa, Resumo Livro Caixa Ribejó Alimentos, Livros Caixa 2014, 2015, 2016 2017, Demonstrativo do Cálculo do Índice de Proporcionalidade – Simples Nacional, todos relativos ao período fiscalizado”.

A empresa autuada, por meio de seus advogados apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 549 a 562, onde, após firmar a tempestividade da peça apresentada, argui em sua defesa constar na descrição dos fatos, de modo deveras impreciso e não efetivamente claro, porquanto não decorre logicamente à imposição da infração, que a motivação da autuação foi o *“percentual de proporcionalidade relativo às receitas, embora tenham sido declarados pelo contribuinte, se mostrou atípico, não se mostrando adequado às suas operações, razão pela qual foi feita a opção pela proporcionalidade pelas compras, cujos relatórios foram anexados”*, eis que a única documentação alheia à órbita contábil da empresa utilizada durante a apuração da auditoria foram as NF-e, isto é, sem o devido cotejo das mercadorias sujeitas à substituição tributária e/ou isenção; ou outra documentação que comprove o real recebimentos das mercadorias que constam nas NF-e, o que, por conseguinte, dá azo a uma arbitrariedade, eventual bitributação, e consequentemente, vicia cabalmente a motivação do presente Auto de Infração.

Ressalta que, mesmo não havendo nenhuma incompatibilidade na apuração entre as declarações emitidas pelas operadoras de cartão de crédito em cotejo com as informações lançadas pela impugnante (o que eventualmente poderia presumir “desembolsos efetuados com aquisições de mercadorias, bens e serviços”), a autoridade fazendária procedeu com a reconstituição dos lançamentos com base em notas fiscais eletrônicas emitidas no período de 01/01/2014 a 31/12/2017, as quais, efetivamente, não são hábeis para supor, tampouco para comprovar, eventuais pagamentos e recebimentos das mercadorias, *id est*, as notas fiscais eletrônicas, assim desacompanhadas, são inábeis para comprovar suposto “saldo credor”, tal qual, a ocorrência do fato gerador do tributo em questão, eis que não consta nos presentes autos nenhum recibo de pagamento ou documento equivalente que comprove o recebimento das mercadorias, e/ou faturamento, consoante, inclusive, posicionamento dominante na jurisprudência pátria.

Aduz que a conclusão do suposto “saldo credor” somente se deu em virtude de a autoridade fazendária ter tomado como amparo as NF-e, que, como se sabe, não são hábeis para efetuar a reconstituição dos lançamentos, pois conduzem a erros, como a majoração absurda relativamente à suposta “aquisição de mercadorias” com consequente “faturamento” integral das mercadorias descritas nas NF-e, e assim, conduz à inócua ilação de haver “saldos credores” durante a reconstituição.

Diz que a existência de “saldos credores” permite a presunção de “omissão de receitas”, contudo, no presente caso, a infração em testilha não merece guarida porquanto a apuração realizada pela respeitável autoridade fazendária lastreia-se em documentos inábeis ao deslinde do feito.

Menciona que, não obstante, empós a descrição dos fatos, a autoridade fazendária opinou pelo lançamento e a aplicação de multa, as quais não devem prosperar, conforme passa a expor e a fundamentar.

Preliminarmente alega a ausência da descrição dos fatos considerados infrações de forma clara, precisa e sucinta, pois consoante dispõe o artigo 39, inciso III, do Decreto 7.629/99, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta deve constar no Auto de Infração.

No presente caso, não vislumbra precisão e clareza na descrição dos fatos, especialmente quanto à motivação da fiscalização em proceder com a “reconstituição” dos lançamentos relativos ao período fiscalizado, sob a justificativa de ter sido detectada a *“utilização de um percentual de proporcionalidade pelo contribuinte, em valores médios de 10% para segregação da receita, o que deixaria 90% da receita auferida para ser tributada”*.

Aponta que a própria auditoria reconhece que as receitas haviam *“sido declaradas pelo contribuinte”*. Entrementes, ainda assim, resolve elidir os documentos contábeis do contribuinte e passa a reconstituir os lançamentos com base na opção de *“proporcionalidade pelas compras”* e, por fim, conclui, *data vênia*, teratologicamente, com a existência de saldo credor na conta caixa.

Fala ser cediço que a mera descrição dos dispositivos infringidos não confere regularidade ao Auto de Infração, mesmo porque na descrição dos fatos consta apenas que foi procedida a

reconstituição do lançamento com base nos “*desembolsos efetuados*”, sem, contudo, especificar quais os documentos serviram de base para supor tais “*desembolsos*”, limitando-se, então, a descrever apenas a capitulação legal da infração, em prejuízo à ampla defesa do contribuinte e à validade do presente Auto de Infração.

Traz jurisprudência representada pela decisão no AIIM 4.022.454-5 (10ª Câmara, publicado em 02/06/2016): acusação cancelada por voto de qualidade [...]. O juiz Fellipe Guimarães Freitas abriu a divergência e foi acompanhado pelo juiz André Milchtein. Tratando-se de autuação por emissão de notas fiscais que não corresponderam a saídas efetivas de mercadorias, o voto vencedor considerou ausentes a capitulação legal e a motivação à acusação fiscal, dado que a AFR fundamentou o lançamento, unicamente, nos artigos 204, do RICMS (Dec. 45.490/00) e 85, inciso IV, alínea “b” combinado com os §§ 1º, 9º e 10, da Lei 6.374/89, sem expressar a justificativa para a exigência do imposto na descrição das infrações ou no campo das observações.

Destarte, vê prejudicado seu direito de defesa pela ausência de clarividência dos fatos ora narrados, ao que se roga pelo acolhimento da anulação do Auto de Infração, *ex vi* do artigo 18, incisos II e IV, ‘a’ combinado com o artigo 39, III do Decreto 7.629/99.

Entende que a aludida adoção de “*proporcionalidade pelas compras*” da presente apuração deixou de ser acompanhada pela descrição dos documentos que a embasou (apenas em NF-e, sem o cotejo com o TEF, *verbi gratia*), o que atrai o reconhecimento da nulidade mediante decisão terminativa do feito, a teor do art. 18 do Decreto 7.629/99, transcrito.

Reafirma que o Auto de Infração em comento lastreia-se tão-somente no levantamento de mercadorias descritas em Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e, o que é totalmente desarrazoado, porquanto as NF-e, minimamente, deveriam ser cotejadas com o TEF, que serviria para comprovar eventuais aquisições das mercadorias, e assim, reconstituir os lançamentos em questão. Por esse motivo, requer, nos termos do referido artigo 18 do Decreto 7.629/99, a anulação do Auto de Infração.

Indica que nos termos da Instrução Normativa 56/2007, apurada a omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do artigo 4º da Lei 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.

Embora não concorde com a utilização das NF-e como documentos hábeis para demonstrar as supostas “*aquisições de mercadorias*”, tampouco para provar eventuais “*receitas*”, assevera existirem diversos itens sujeitos às operações isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, o que, conseqüentemente, haveria de atenuar suposta base de cálculo.

No presente caso, garante não ter detectado a aplicação de parte dos valores à exclusão da base de cálculo do ICMS devido, o que contribuiu para a majoração do imposto apurado pela autoridade fiscal, tendo em vista que a maioria dos bens comercializados são sujeitos às operações isentas, não tributáveis e/ou à substituição tributária, conforme demonstrativos em anexo.

Pontua que a falta de justificativa para aplicar a referida proporcionalidade na apuração, ou mesmo a não aplicação em parâmetros condizentes com a verdade material, sujeita o Auto de Infração à pena de não registro, de acordo com a transcrição dos itens constantes na IN 56/2007.

Traz entendimento predominante no CONSEF, que opina, em compasso com a norma supracitada, pela exclusão do cálculo do ICMS devido, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária: decisões reiteradas deste CONSEF têm admitido como prova da improcedência da presunção legal, no caso concreto, a proporcionalidade da omissão de receita apurada às saídas tributadas do contribuinte autuado, conforme previsto na Instrução Normativa 56/2007, excluindo do cálculo do ICMS devido, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição

tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

Em virtude de a autoridade fiscal não ter aplicado a proporcionalidade em parâmetros razoáveis, tampouco justificadas a sua ausência, requer seja o lançamento julgado inexistente, nos termos dos itens 1 e 4 da Instrução Normativa 56/2007.

Esclarece que nos termos do artigo 4º, § 4º, I da Lei 7.014/96, é sabido que se presume ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar as situações ali elencadas, conforme reproduz, contudo, no presente caso, a apuração de “saldos credores” foi constituída com base em notas fiscais sem nenhum outro demonstrativo relativamente à comprovação do efetivo recebimento das mercadorias pela empresa autuada, impondo-lhe, por conseguinte, o ônus de uma prova diabólica, é dizer, o ônus de provar um fato negativo, quando sequer a própria fiscalização pôde, razoavelmente, comprovar o fato positivo, isto é, a ocorrência de operações ou prestações tributáveis durante a reconstituição, em prejuízo, portanto, à constituição de prova em contrário do contribuinte, que macula de nulidade o ato, nos termos do artigo 18, II do Decreto 7.629/99 (copiado). Assim, requer, também por esse motivo, seja declarado nulo o ato ora praticado por ferir de morte o direito de defesa do contribuinte.

No mérito, argumenta a inoccorrência do fato gerador, vez que nos termos do artigo 155, II da Constituição da República, o ICMS incide, dentre outras possibilidades, sobre a circulação de mercadorias, sendo de bom alvitre ressaltar que tal circulação refere-se à circulação jurídica do bem, conforme lição do preclaro professor Cláudio Carneiro, e no presente caso, não ficou demonstrada pelo Fisco a existência de circulação jurídica da mercadoria, em outras palavras, de circulação econômica com a transferência de propriedade para outro titular, pois as NF-e, definitivamente, não são hábeis para comprovar a alteração onerosa de titularidade das mercadorias, tampouco para comprovar que as mercadorias produziram receitas à empresa autuada.

Após reafirmar que as notas fiscais não comprovam o efetivo pagamento, isto é, a efetiva transmissão, bem assim, não comprovam qualquer faturamento, pois deveriam estar acompanhadas de recibo de pagamento, como nas transações com cartões de crédito, *verbi gratia*, tendo a fiscalização deixado de confrontar as NF-e com o efetivo recebimento das mercadorias, o que macula o devido processo legal e prejudica a aproximação com a verdade real.

Tem como evidente que as NF-e aqui hostilizadas não possuem subscrição válidas, pois não consta nos autos informação que comprove a bilateralidade das operações, afinal, é cediço que na atual sistemática qualquer empresa pode vir a faturar vendas e emitir notas em nome de outra empresa sem que a operação tenha de fato ocorrido.

Traz a lume o disposto do artigo 82 do Ajuste SINIEF (que instituiu nacionalmente a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e e o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE), o qual assevera literalmente ser tal documento fiscal expedido antes da ocorrência do fato gerador, portanto, trata-se de um procedimento que precede a circulação da mercadoria, mas que, efetivamente, não tem o condão de comprovar a ocorrência do fato gerador, na forma transcrita.

Pontua que por estar viciado o procedimento para apurar eventual base de cálculo e a ocorrência do fato gerador do imposto, deve o presente Auto de Infração ser julgado improcedente, diante da falta de liquidez e certeza e da insegurança na determinação da infração apurada.

Afirma ter a apuração fiscal deixado de constar nos presentes autos a indispensável confrontação das PGDAS com as operações de vendas através do cartão de crédito/débito (TEF), em prejuízo ao efetivo levantamento das saídas das mercadorias, por conseguinte, contribuindo para a majoração da base de cálculo do imposto.

Após transcrever o teor do artigo 148 do CTN, chama a atenção para o fato de não se poder confundir lançamento por arbitramento com lançamento arbitrário, e se a autoridade fiscal não

julgou oportuno dar fé as declarações do contribuinte, é consentâneo que a sua apuração possa se respaldar em documentos que também não se prestem a apurar eventuais omissões? Questiona.

Entende que a “*reconstituição*” dos lançamentos com base em NF-e se apresenta desproporcional, porquanto é sabido que qualquer empresa pode vir a faturar vendas e emitir notas em nome de outra sem que a operação tenha, de fato, se concretizado, na forma do entendimento da jurisprudência pátria, e na atual sistemática comercial e fiscal, notadamente em face da virtualização das transações comerciais e da emissão da chamada Nota Fiscal Eletrônica, não é só possível, mas até comum, a ocorrência de fatos como os narrados, pois qualquer empresa pode vir a faturar vendas e emitir notas em nome de outra sem que a operação tenha, de fato, se concretizado, e isso pelas mais diversas razões, que vão desde a fraude deliberada até o erro escusável, e a ausência de efetiva comprovação da entrega da mercadoria impede que se considere perfectibilizado o negócio, o que pode ser entendido, no presente caso, como a impossibilidade, ao menos por ora, de cobrança do crédito tributário oriundo de fatos geradores que não se encontram ainda devidamente comprovados, na forma da decisão contida no Agravo de Instrumento 2014.022823-0, cujo relator foi o Desembargador João Rebouças, julgado em 09/06/2015, cuja Ementa reproduz.

Nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF99, fala ser nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator, de acordo com a transcrição do mesmo.

Frisa que a teleologia normativa albergada na norma retro transcrita se propõe, justamente, a afastar as arbitrariedades em desfavor do contribuinte, que reflexamente impõe-lhe o ônus de produzir provas diabólicas. Assim, embora seja sabido ter o ônus de defender-se dos atos administrativos que gozam de presunção de legitimidade e veracidade, tal ato possui limites conferidos pela própria razoabilidade. No caso em apreço, a aludida norma o socorre vendo contra si a imposição de uma infração com total falta de segurança, vez que os documentos carreados aos autos não são hábeis para denotar “*aquisição de mercadorias*”, por conseguinte, para concluir pela existência de “saldos credores”, e que possam, finalmente, presumir “*omissão de receitas*”, o que o leva a pedir, mais uma vez a improcedência do Auto de Infração.

Entende configurado o confisco quando se refere ao percentual esdrúxulo da multa aplicada, ou, quando se aplica uma alíquota, ainda que razoável, sobre uma base de cálculo aumentada. Nessa segunda hipótese, qualquer percentual aplicado sobre uma base de cálculo irreal pode configurar o confisco, eis que o tributo está apurado de maneira muito superior ao que eventualmente seria devido, ou a multa pela infração supostamente praticada é desproporcional a esses fatos.

Para sustentar o argumento anteriormente exposto, explicita que no julgamento da ADIn 1.075, o STF entendeu que as multas tributárias também não podem ter efeitos confiscatórios. De acordo com esse entendimento, invoca a doutrina, representada por Marco André Ramos Vieira, devidamente colacionada.

No caso em estudo, nota uma majoração absurda da base de cálculo que alberga o percentual de 75% relativamente à multa, o que configura confisco, na medida em que atenta, inconstitucionalmente, contra o patrimônio do contribuinte.

Ainda sobre a base de cálculo utilizada pela autoridade fiscal, reforça que, nos termos da Instrução Normativa 56/2007, apurada a omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do artigo 4º da Lei 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.

Embora não concorde com a utilização das NF-e como documentos hábeis para demonstrar as supostas “*aquisições de mercadorias*”, tampouco para provar eventuais “*receitas*”, verifica que existem diversos itens sujeitos às operações isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, o que, consequentemente, haveria de atenuar suposta base de cálculo.

No presente caso, garante não ter detectado a aplicação de parte dos valores à exclusão da base de cálculo do ICMS devido, o que contribuiu para a majoração do imposto apurado pela autoridade fiscal, tendo em vista que a maioria dos bens comercializados pela empresa autuada são sujeitos às operações isentas, não tributáveis e/ou à substituição tributária, conforme demonstrativos que afirma estarem anexados, e a falta de justificativa para aplicar a referida proporcionalidade na apuração, ou mesmo a não aplicação em parâmetros condizentes com a verdade material, sujeita o Auto de Infração à pena de não registro, como se denota nos itens constantes na IN 56/2007.

Em sede de mérito, novamente reforça a tese com o entendimento predominante no CONSEF, que opina, em compasso com a norma supracitada, pela exclusão do cálculo do ICMS devido, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária: Decisões reiteradas deste CONSEF têm admitido como prova da improcedência da presunção legal, no caso concreto, a proporcionalidade da omissão de receita apurada às saídas tributadas do contribuinte autuado, conforme previsto na Instrução Normativa 56/2007, excluindo do cálculo do ICMS devido, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza, a exemplo do julgamento do Auto de Infração 108521.0021/07-06. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ Nº0292/05/11.

In casu, em virtude de a autoridade fiscal não ter aplicado a proporcionalidade em parâmetros razoáveis, tampouco justificada a sua ausência, requer seja o lançamento julgado nulo, nos termos do item 1 e 4 da Instrução Normativa 56/2007, ou, alternativamente, seja o processo convertido em diligência para nova apuração com base na mencionada Instrução Normativa.

Ademais, caso o julgamento atravessasse as questões preliminares, quiçá dos méritos, postula seja concedida a redução em 90% (noventa por cento) dos valores de multas por infrações e de acréscimos moratórios relacionados a débitos tributários do ICMS, nos termos da Lei 14.016/2018.

Diante do exposto, com base no quanto consignado nos presentes autos e em cotejo com a legislação em vigor, caso o julgador não opine pela nulidade do presente auto de infração pelas razões expostas em sede de preliminar, ou, não seja decidido pela total improcedência do Auto de Infração pelas razões expostas no mérito, que seja o processo convertido em diligência, nos termos do artigo 131, V 'b' do Decreto 7.629/99, para proceder com a reconstituição dos lançamentos relativos ao período fiscalizado (2014 a 2017) com base no cotejo das informações coletadas a partir do TEF, a fim de aquilatar, por critérios razoáveis, eventuais receitas omitidas; e ser apurado com base na Instrução Normativa 56/2007.

Pleiteia a suspensão da exigibilidade do tributo em questão, *ex vi* do artigo 151, III do CTN, reproduzido.

Além disso, conforme dicção do artigo 35 da Lei Complementar 123/2006, aplicam-se aos impostos devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Nesse sentido, entende deva ser aplicado ao presente processo o artigo 24 da Lei 11.457/2007, que aduz que obrigatório que seja proferida a decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, e assim, caso não seja dada a decisão administrativa no referido prazo, requer seja implantada a suspensão da fluência dos juros, conforme pacificado na doutrina e na jurisprudência pátria.

Em conclusão, sintetiza sejam acolhidas as razões expostas em sede de preliminar para anular o presente Auto de Infração, ou na remota hipótese deste julgamento atravessar as questões preliminares e alcançar o mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração, por conseguinte, extinto o crédito tributário, por força do artigo 156, IX do CTN, que ao amparo do artigo 131, V 'b' e IX do Decreto 7.629/99, alternativamente, caso não entenda pela total improcedência do Auto de

Infração, que seja designada a realização das diligências elucidas nesta defesa, ou ainda, caso não seja julgado totalmente improcedente o presente Auto de Infração, seja concedida a redução em 90% (noventa por cento) dos valores de multas e de acréscimos moratórios relacionados a débitos tributários do ICMS, nos termos da Lei 14.016/2018.

Solicita ainda que, conforme as circunstâncias, e para o melhor convencimento das razões ora expostas, caso o nobre julgador entenda pela apresentação de novos documentos para o deslinde do feito, que seja concedido prazo para atender eventuais solicitações, concedida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme dispõe o artigo 151, III do CTN, bem como a suspensão da fluência dos juros na hipótese de o presente processo administrativo não ser julgado em até 360 dias, em atenção ao artigo 24 da Lei 11.457/2007.

Por fim solicita seja expedida intimação por AR aos patronos no endereço indicado na procuração em anexo, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 131, XIII do Decreto n. 7.629/99, bem como haja decisão motivada, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 18, inciso III do mesmo RPAF/99.

Informação fiscal constante às fls. 572 a 575 esclarece que não procede a alegação da autuada de que a motivação da autuação foi o percentual de proporcionalidade, uma vez que aquele utilizado, decorreu apenas do fato de ter sido apresentado em primeiro lugar na Descrição dos Fatos do Auto de Infração, não se constitui no fundamento da autuação. O fato de ter sido mencionado em primeiro lugar, no texto, não o coloca como fundamento da infração, apenas indica de que forma foram segregados os novos valores de receita apurados.

Justifica a escolha do critério de proporcionalidade pelas compras pelo fato de refletir mais adequadamente a parte da receita a ser segregada em função de operações com produtos sujeitos à substituição tributária.

Apona estar a infração descrita nos autos, tipificada na descrição de que a autuada *“deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições”* devido à omissão de receitas obtidas na alienação de mercadorias, evidenciada pela constatação de saldos credores na conta caixa. Eis a infração que consta nos autos, bem como seu fundamento, inclusive reconhecida pela autuada na sua peça defensiva, às fls. 550.

Rememora ter na peça defensiva apresentada, a autuada invocado o mesmo argumento truncado: em verdade, como está expressamente na descrição dos fatos, a reconstituição dos lançamentos relativos ao período fiscalizado, com base nos documentos eletrônicos e nos documentos apresentados pela autuada foram realizados com a finalidade de auditar os valores declarados. Verificada a existência de saldos credores, entende autorizada a presunção de omissão de receitas, e sobre tais valores, foi aplicado o percentual de proporcionalidade para segregação da receita e cobrança do valor devido.

Assevera que a atividade fiscal deve obrigatoriamente, reconhecer as receitas declaradas pelo contribuinte. Do cotejo desses valores declarados com os novos valores apurados, fica caracterizada a omissão de receita, e a sua consequência lógica, a falta de pagamento sobre os valores omitidos.

Reforça a ideia de que as notas fiscais eletrônicas são documentos hábeis para comprovar tanto o recebimento das mercadorias, assim como contém o número, a data e o valor das faturas emitidas contra a autuada para fazer face ao pagamento das mercadorias. Por tal motivo, pediu o Movimento de Caixa, que revela o movimento do caixa geral da empresa, sendo que como bem reconhecido na impugnação, a existência de saldos credores no caixa permite a presunção legal de omissão de receitas.

Diz que os desembolsos efetuados correspondem às informações que existem nas notas fiscais eletrônicas de entrada, onde constam dados da operação comercial que ensejou a emissão da nota: data da operação, forma de pagamento, se a vista ou parcelado, valor e data de vencimento das faturas, enfim todos os elementos da operação comercial estão insertos nas referidas notas. Além disso, foram apresentados os livros caixa referentes ao período fiscalizado.

Quanto à proporcionalidade pelas compras foi escolhida, já o disse, porque a autuada declarou erradamente o percentual de receita auferida nas operações com produtos sujeitos à substituição tributária, inclusive porque, mesmo estando obrigada à utilização do ECF, e sendo uma Empresa de Pequeno Porte, operou no período fiscalizado apenas com a emissão de Nota Fiscal ao Consumidor série D-1, em suas operações de saída.

Indica o fato de a empresa desconhecer os relatórios TEF – Transferência Eletrônica de Fundos, embora os mesmos tenham sido entregues em mídia gravada. Tivesse se dado a oportunidade de abri-los, veria que os mesmos não trazem o CFOP, assim não se pode fazer cotejo com o TEF para se apurar proporcionalidade para segregar os valores de receita.

Ao afirmar que *“as NF-e (Notas Fiscais Eletrônicas de Entrada, porque só emitiu D-1 no período fiscalizado) deveriam ser cotejadas com o TEF que serviria para comprovar eventuais aquisições de mercadorias e assim reconstituir os lançamentos em questão...”* revela desconhecimento do significado dos dados que estão nos relatórios apresentados pela fiscalização, anota.

Frisa terem sido consideradas as operações com produtos sujeitos à substituição tributária, tanto que foi aplicado o já multicitado percentual de proporcionalidade para segregação da receita apurada da empresa, e, contrariamente ao afirmado pela autuada, as NF de entrada demonstram sim as operações de aquisição de mercadorias, não tendo sido utilizadas para *“provar eventuais receitas”*, como afirmado.

Voltando a abordar o critério de proporcionalidade, primeiro elemento que consta na descrição dos fatos no Auto de Infração, foi explicitado que a autuada conforme seus extratos do Simples Nacional, declarou, em valores médios que somente dez por cento de sua receita teria sido com produtos sujeitos à substituição tributária, oferecendo noventa por cento da receita auferida para ser tributada, e que tal percentual não se confirmou, quando foi apurado o percentual de proporcionalidade pelas compras, muito mais exato e mais justo, do ponto de vista fiscal, com a própria autuada, razão pela qual foi utilizado, justifica.

Para ilustrar, aponta que em fevereiro de 2014, conforme o PGDAS de fls. 450, foram declarados os seguintes valores de receita auferida:

Revenda de mercadorias, sem substituição tributária: R\$ 53.492,31;

Revenda de mercadorias, com substituição tributária: R\$ 3.621,49.

Na competência referida, o percentual de proporcionalidade que foi apurado e aplicado foi de 43,08 (quarenta e três inteiros e oito décimos) por cento, conforme fl. 12, significando que do valor da receita apurada, 56,92 (cinquenta e seis inteiros e noventa e dois décimos) por cento foi segregado, por conta da substituição tributária.

Atribui a alegação defensiva esbarrar no fato de que a apuração de saldos credores se baseou no Movimento do Caixa apresentado pelo contribuinte, referente ao período fiscalizado, de fls. 234 a 423, no Resumo Mensal do Movimento de Caixa, bem como nos valores dos desembolsos realizados nas aquisições de mercadorias, bens e serviços que constam em notas fiscais eletrônicas, emitidas pelos fornecedores contra a autuada.

Observa que no movimento de caixa apresentado pela autuada, quando não constam os saldos iniciais do caixa dos exercícios fiscalizados, obteve os valores dos referidos saldos nas DEFIS apresentadas à Receita Federal, sendo que, em alguns exercícios do período fiscalizado, os valores declarados para esses saldos iniciais foram iguais a zero.

Esclarece que o Sistema de Nota Fiscal Eletrônica separa em três arquivos individualizados as notas: autorizadas, canceladas e os arquivos denominados “eventos”, que registram informações correspondentes a conhecimento de transporte cancelado, por exemplo. Na auditoria, utilizou, exclusivamente, as notas fiscais cuja emissão foi autorizada pelo contribuinte. Assim, todas as informações da operação comercial que originou a emissão, constam da nota fiscal eletrônica.

A alegação da necessidade de apresentação de outro comprovante do recebimento de mercadorias que não a nota fiscal eletrônica lhe parece superada, e, por isso, discorda de que seja o *“ônus de*

uma prova diabólica, é dizer, o ônus de provar um fato negativo”, segundo a defesa, uma vez que além do regramento legal garantir ao contribuinte o “salvo prova em contrário”, o que é verificado nessa ação fiscal é se o volume de receitas auferidas e declaradas comporta os volumes de aquisição de mercadorias, bens e serviços, portanto, um fato “positivo”.

Discorda da defesa em sua afirmação de que não houve o confronto entre valores do PGDAS e TEF, pois na verdade, os valores da receita declarada (PGDAS-D) constam na coluna B do Demonstrativo C1, ao passo que na coluna C1 constam os valores mensais da receita bruta omitida, que, por ser turno, advém do “Demonstrativo A” (Movimento Mensal do Caixa), na coluna Saldo/Valor. A partir desse cotejo, foram estabelecidas as bases de cálculo para apuração dos valores de receita.

Refuta se falar em “arbitramento”, como quer a autuada, pois os valores constantes da documentação fiscal apresentada foram confrontados com os dados registrados existentes na Receita Federal do Brasil e na SEFAZ.

Do exposto, e por não ter havido a contestação de nenhum dos valores autuados, pede a procedência total do Auto de Infração epigrafado.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Quanto ao pedido para suspensão da exigibilidade do tributo em questão, na forma do artigo 151, III do CTN, esclareço que o mencionado dispositivo legal é autoaplicável, não exigindo do julgador qualquer ato declaratório no sentido da suspensão do crédito tributário, uma vez suspender *“a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”*.

Desta forma, a simples apresentação da defesa, de imediato, suspende a exigência do crédito tributário, independentemente de qualquer ato neste sentido, motivo pelo qual descaberia o pleito da defesa, o que tenho como mera medida acautelatória, ainda que ineficaz, ver estar já suspensa a exigibilidade do crédito tributário ora analisado.

Na forma do artigo 39 do RPAF/99 o mesmo se fez acompanhar dos demonstrativos de débito, nos quais foram apontados os períodos sobre o qual incidiu a cobrança, bem como seus valores, base de cálculo, datas em que o imposto passou a ser devido, enquadramento legal, e demais requisitos ali postos. Da mesma forma, foi obedecido o disposto no artigo 142 do CTN, para a constituição do crédito tributário. Logo, descabe se falar em cerceamento de defesa por tal motivo, ou por qualquer outro diante da observância de todos os requisitos legais, bem como do acesso irrestrito da empresa a todos os elementos do lançamento ora analisado, e a participação em todos os atos processuais.

Quanto ao pedido para que fosse aplicado ao presente processo o artigo 24 da Lei 11.457/2007, que determina a obrigatoriedade de que a decisão administrativa seja proferida no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, e assim, caso não seja dada a decisão administrativa no referido prazo, seja implantada a suspensão da fluência dos juros, a mesma não pode ser acolhida, diante da determinação da Lei Complementar 123/06, em seu artigo 39:

“Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.”

Assim, a contagem e regra para aplicação dos eventuais percentuais de correção e acréscimos moratórios, devem obedecer a legislação do estado da Bahia, ente que efetuou o lançamento, o qual prevê na Lei 3.956/81, que vem a ser o Código Tributário do Estado da Bahia, artigo 102, § 2º a

forma de aplicação dos acréscimos moratórios, não prevendo a suspensão de sua incidência após decorrido qualquer prazo, o que inviabiliza o acatamento do pleito do sujeito passivo.

Analisando as questões preliminares trazidas pela defesa, no bojo da impugnação apresentada, onde argui a nulidade do lançamento, pelo não atendimento aos itens 01 a 04 da Instrução Normativa 56/2007, de 21/09/2007, a qual teve como objetivo orientar procedimentos fiscais nos quais se constatasse omissão de receita, oportunidade na qual poderiam ser excluídos da base de cálculo do ICMS lançado de ofício os valores correspondentes às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que o contribuinte comprove dados que esclareçam tal omissão, de acordo com o seguinte regramento:

“1. Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.

2. No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

3. Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração.

4. Entendendo o preposto fiscal que, no caso concreto, não cabe a aplicação da proporcionalidade prevista no item 1, tais circunstâncias de convencimento deverão estar registradas no termo de encerramento de fiscalização, sob pena de não registro do auto de infração”.

Esta tese defensiva será analisada com mais vagar, juntamente com a seguinte que passo a abordar.

Em relação ao argumento defensivo de existir insegurança na acusação, foi dito pelo autuante, de forma categórica, que *“a apuração de saldos credores se baseou no Movimento do Caixa apresentado pelo contribuinte, referente ao período fiscalizado, de fls. 234 a 423, no Resumo Mensal do Movimento de Caixa, bem como nos valores dos desembolsos realizados nas aquisições de mercadorias, bens e serviços”.*

Em verdade, a auditoria da Conta Caixa, objetiva, segundo o roteiro AUDIC-001 (disponível em <https://intranet.sefaz.ba.gov.br/prs/prs.htm>) *“definir os procedimentos de auditoria dos lançamentos contábeis das disponibilidades, através das contas Caixa e Bancos, visando identificar a existência de fraudes que leva a presunção de receitas omitidas”*, com base nos seguintes livros contábeis:

Livro Razão Contábil; livro Caixa, quando não mantiver escrituração contábil completa; Balancetes contábeis mensais; Demonstrações Contábeis obrigatórias; Extratos bancários; Cópia da declaração de imposto de renda da pessoa jurídica; Cópia da declaração de imposto de renda da pessoa física dos sócios (quando necessária à comprovação de origem de recursos); Livros fiscais: Entradas, Saídas e Apuração; Plano de contas; e Demonstrativo de conciliação bancária.

A partir de tais livros, ou ainda, no presente caso, em se tratando de empresa optante do Simples Nacional, aqueles cabíveis, deveria analisar no Livro Razão das contas Caixa e Bancos ou Livro Caixa para identificar a existência de eventuais saldos credores.

Da mesma maneira, deveria realizar diversos testes, e para a conclusão dos trabalhos, fazer a necessária *“prova das infrações fiscais, obtidas através da contabilidade, com cópias dos documentos fiscais, cópias das folhas do livro Razão ou Caixa”*.

Na informação fiscal, o autuante, diante das colocações defensivas, esclareceu que o trabalho realizado e que culminou com a lavratura do Auto de Infração *“se baseou no Movimento do Caixa apresentado pelo contribuinte, referente ao período fiscalizado, de fls. 234 a 423, no Resumo Mensal do Movimento de Caixa, bem como nos valores dos desembolsos realizados nas aquisições de mercadorias, bens e serviços que constam em notas fiscais eletrônicas, emitidas pelos fornecedores contra a autuada”*.

Em outro momento, aduz que na descrição dos fatos do Auto de Infração, não se constitui no fundamento da autuação, para num terceiro momento, asseverar que tomou por base para o lançamento os documentos fiscais do sujeito passivo, obtidos do repositório existente na SEFAZ.

Mas analisemos o livro Caixa, que vem a ser aquele no qual são registrados todos os recebimentos e pagamentos ocorridos na empresa, em ordem cronológica, vez se destinar ao controle dos lançamentos exclusivos de entrada e saída, da conta Caixa da empresa.

Em função de nele estarem representados fluxos monetários, não deve indicar compras pagas com cheques pré-datados, ou vendas a clientes que devem pagar depois de um tempo, e sim, tais registros se efetivam na data em que ocorrerem as entradas e saídas de dinheiro do negócio, referentes a todas as despesas incorridas (aluguéis, salários, compras, pagamento de duplicatas, etc.), bem como receitas diversas auferidas.

Como bem sabido, tal Livro é obrigatório para as empresas optantes do Simples Nacional.

No lançamento efetuado, apesar da indicação do autuante de que analisou o Livro Caixa da empresa no período autuado, os mesmos não foram acostados aos fólios processuais.

Analisando o processo, constato que na fl. 17 se encontra o “Demonstrativo A – Movimento Mensal de Caixa Reconstituído”, elaborado pelo autuante, correspondente ao mês de janeiro de 2014.

Da sua análise, chama a atenção o fato de o mesmo não possuir saldo inicial, apenas as indicações preenchidas relativas a débito – vendas de mercadorias (R\$ 52.759,27), e crédito – pagamentos de mercadorias, bens e serviços (R\$ 70.618,60), o que resultaria em saldo negativo de R\$17.859,33.

Já o “Demonstrativo B-1”, que viria a ser a reconstituição da conta caixa, também elaborado pelo autuante, consta, para o mesmo mês de janeiro de 2014, como primeiro lançamento, a nota fiscal 404.831, emitida pela empresa Seara Alimentos, em 02/01/2014, com indicação de pagamento no mesmo dia, apesar de nela constar indicado o número da fatura.

E aí, surge o primeiro problema. Se foi indicado o pagamento da mercadoria no mesmo dia da emissão da nota fiscal, com indicação do número da fatura, qual a razão para a emissão deste documento mercantil?

Tal questionamento se justifica, diante do fato de ser operação de compra e venda mercantil a que dela participe, de um lado, o contratante, comerciante, ou seja, no caso uma pessoa jurídica que, com habitualidade, realiza atos de comércio.

Para que a contratação de compra e venda seja considerada mercantil devem ser negociadas, necessariamente, mercadorias, assim entendidos os bens materiais suscetíveis de apreciação econômica e capaz de ser transmitido por mera entrega física do bem ao seu adquirente.

Na maioria dos casos, este tipo de contrato, consubstancia-se pelo pedido de compra que o comprador faz ao vendedor ou mesmo pela nota fiscal emitida, devidamente reconhecida e aceita pelo comprador, e uma vez entregues, as mercadorias passam à sua posse.

O pagamento, a ser efetuado pelo adquirente ao vendedor, surge como elemento superveniente ao ato de compra e venda e pode ser tratado de variadas formas, sendo que o pagamento do preço à

vista completa a obrigação do adquirente no momento imediato ao da entrega das mercadorias, ocorrendo, em geral, de forma simultânea.

Contudo, via de regra, comprador e vendedor ajustam um prazo igual ou superior a trinta dias para que o adquirente pague o preço acertado pelo fornecimento das mercadorias, oportunidade na qual surge a obrigatoriedade de emissão da fatura mercantil.

É obrigatória, pois, a emissão da fatura, nos contratos de compra e venda mercantil com prazo não inferior a trinta dias, contados a partir da data da entrega ou do despacho das mercadorias, de acordo com a Lei 5.474/69, de 18/07/1968, a qual dispõe sobre as Duplicatas, a se depreender da leitura de seu artigo 1º:

“Art. 1º Em todo o contrato de compra e venda mercantil entre partes domiciliadas no território brasileiro, com prazo não inferior a 30 (trinta) dias, contado da data da entrega ou despacho das mercadorias, o vendedor extrairá a respectiva fatura para apresentação ao comprador.

§ 1º A fatura discriminará as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicará somente os números e valores das notas parciais expedidas por ocasião das vendas, despachos ou entregas das mercadorias”.

De acordo com o dispositivo legal, a fatura deve discriminar as mercadorias vendidas ou, quando convier ao vendedor, indicar apenas os números e os valores das notas parciais expedidas por ocasião de vendas, despachos ou entregas das mercadorias. Isso significa que podem ser realizados faturamentos ou entregas parciais num determinado período, originando uma única fatura de venda mercantil, que englobe todos os fornecimentos de mercadorias.

Daí soar estranho que para uma venda considerada pela fiscalização como à vista, pois lançada como paga na mesma data da emissão, tenha sido emitida fatura mercantil.

Nos demais meses, situações de mesma natureza se repetem, tornando desnecessário se alongar mais, pois seria deveras repetitivo.

Mas os equívocos não param por aqui. Na fl. 234, no documento denominado “Movimento de Caixa”, elaborado pela empresa, inclusive com campo para a assinatura de seu sócio administrador Jurandir de Jesus Santana, CPF 803.582.925-49, e o responsável contábil da autuada, Jackson Carvalho Sampaio, CRC-BA 19.424, documento este indicado pelo autuante como um nos quais lastreou o seu trabalho, constam no mesmo mês de janeiro de 2014, algumas rubricas, a saber: aluguel (R\$ 2.500,00), assistência contábil (R\$ 724,00), reserva de lucros a realizar (R\$ 5.000,00), pagamento de folha (R\$ 6.471,47), não lançadas no documento de fl. 17 acima mencionado, correspondente ao mesmo período, ainda que representem movimentações no caixa da empresa.

Além disso, no “Demonstrativo da Falta de Pagamento do ICMS Devido Sobre o Faturamento – Simples Nacional”, acostado à fl. 15, não faz qualquer menção à forma de apuração da coluna “C-1” (Receita Bruta Omitida).

Tais observações, deságuam, de forma inexorável, na conclusão de que em verdade, o autuante não efetuou qualquer reconstituição do Livro Caixa, muito menos executou o roteiro de auditoria específico para tal Livro, e sim, apenas e tão somente, estabeleceu um comparativo entre as receitas de vendas declaradas, e as entradas de mercadorias registradas nos controles internos da SEFAZ. Nada mais.

E aí surge mais um problema: a forma de cálculo da proporcionalidade.

Ou seja: o autuante inovou na forma de fiscalizar, sem qualquer amparo fático, técnico ou legal, apenas diante de seu entendimento pessoal de que o percentual de mercadorias submetidas a substituição tributária por um estabelecimento do ramo de supermercados, era exageradamente grande (10%), quando segundo suas próprias contas inseridas em sede de informação fiscal, diante do cálculo por ele realizado, apurou 56,92%, muito mais.

De outra banda, há de se considerar que o método em apurar a proporcionalidade através das entradas, não encontra qualquer suporte, uma vez que o item 01 da Instrução Normativa 56/2007, já

acima mencionada, fala em “*Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96*”, ou seja, a proporcionalidade deve ser feita com base nas saídas, e não, como consta no presente lançamento, com base nas aquisições de mercadorias pelo sujeito passivo.

Fato é que o lançamento se apresenta extremamente confuso, inclusive pelas contradições nas assertivas do autuante, ora assegurando ter reconstituído o Caixa do contribuinte, ato típico e baseado em documentação contábil, ora, ao rebater o argumento de ter realizado arbitramento, asseverar que “*os valores constantes da documentação fiscal apresentada foram confrontados com os dados registrados existentes na Receita Federal do Brasil e na SEFAZ*”. (Grifei).

Em conclusão, o lançamento da forma tal qual realizado, se apresenta inconsistente, gerando insegurança quanto a formação da sua base de cálculo, o que se enquadra na hipótese prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99:

“Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

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

Isso diante da imprestabilidade do trabalho realizado, o qual não pode ser sanado com a realização de diligência, a qual se apresenta inviável, frente à realizada do lançamento efetuado.

A propósito de tal tema, entendo pertinente reproduzir trecho do voto condutor do Acórdão CJF 0407-12/13, no qual a relatora Conselheira Mônica Roters assim se expressou:

“*Ressalto que a atividade de fiscalização é ato vinculado, não podendo, em qualquer hipótese, fugir das determinações legais. Estas são as determinações expressas do art. 142, Parágrafo único do CTN – Código Tributário Nacional. Afora que base de cálculo é critério legal de determinação do que é devido, na medida exata, pois dimensão material do tributo. Assim, indispensável que seja demonstrada de forma compreensiva, apontando o critério adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. E, tudo isso decorre dos princípios da legalidade e da verdade material.*

Diante de tudo que se expôs entendo não ser mais necessário se adentrar nas demais arguições de nulidades arguidas pelo recorrente, pois estas suplantam as demais”.

No presente caso, de forma igual, me abstenho de analisar as demais preliminares e questões aventadas pela defesa.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido.

Ainda assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Assim, entendo ser o lançamento incapaz de, como se apresenta, produzir qualquer efeito jurídico, diante da sua clara nulidade, pela incerteza e insegurança da base de cálculo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº. **217366.0024/18-0** lavrado contra **RIBEJO MERCADINHO LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR