

A. I. N° - 232875.0011/18-1
AUTUADO - MERCADO MINE PREÇO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUÍS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/01/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0244-04/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista inexistir nos autos demonstrativo analítico da origem da apuração do débito. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Recomendado o refazimento do feito a salvo da falha apontada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/06/2018, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$153.338,70, em razão do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 02.01.02. Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros próprios, nos meses de janeiro de 2015 a setembro de 2017. Multa aplicada de 100 %, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresenta impugnação, fls. 17 a 24, inicialmente esclarecendo que iniciou suas atividades comerciais no ano de 2008, atuando no ramo varejista de mercadinhos e mercearias, vendendo diversos itens, especialmente produtos alimentícios.

Diz que o pequeno estabelecimento comercial se localizava no bairro de Vila de Abrantes, município de Camaçari/BA, e lá permaneceu até seu fechamento em meados de 2017. Informa que estava enquadrado como microempresa, em virtude do seu diminuto faturamento anual, e, como lhe garante a Lei Complementar nº 123/2006, optou pela inscrição no “Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”, mais conhecido como SIMPLES NACIONAL.

Justifica que em razão de uma forte e inesperada retração das vendas do estabelecimento, acabou por atrasar o pagamento de algumas das guias de recolhimento, o que o levou, então, a realizar, logo em seguida, um refinanciamento/parcelamento dos valores não adimplidos, o qual vem pagando até a presente data. Qual não foi a surpresa, então, quando, em meados de 2017, o sócio administrador da empresa descobriu que, a despeito da realização do parcelamento do débito, ainda assim, a Empresa-Contribuinte havia sido excluída do SIMPLES NACIONAL.

Prossegue informando que em face da desagradável surpresa, e, também, pelo estabelecimento comercial já vir, há muito tempo, lutando contra a insolvência, resolveu encerrar por completo suas atividades comerciais, tendo operado somente até o mês de setembro de 2017. Entretanto, no final do mês de junho de 2018, acabou por receber a intimação do Auto de infração em tela apontando a cobrança de valores supostamente não recolhidos a título de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, de janeiro de 2015 a setembro de 2017, bem como aplicando multas pelo não pagamento dos tributos, totalizando um montante de

R\$338.722,84 (trezentos e trinta e oito mil setecentos e vinte e dois reais e oitenta e quatro centavos).

Solicita a nulidade do Auto de Infração argumentando que além do imposto exigido foi aplicada a multa disposta no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve.

Após reafirmar que somente descobriu que havia sido excluído do Simples Nacional em meados de 2017, uma vez que o profissional liberal que cuidava de sua contabilidade continuou lhe enviando os Documentos de Arrecadação do Simples Nacional - DAS, entende ter restado patente que foi induzido em erro, uma vez que continuou adimplindo as obrigações tributárias do regime especial a que entendia estar submetido.

Ressalta que o ICMS é um dos tributos recolhidos por intermédio do Documentos de Arrecadação do Simples Nacional - DAS e, tendo o Contribuinte efetuado os pagamentos das referidas guias (documentos anexos), adimpliu regularmente o imposto que ora lhe é novamente cobrado.

Enfatiza que o auto de infração em referência apresenta **incorrências** graves entre os valores relativos às operações comerciais do Contribuinte, apurados nos Relatórios de Informações TEF - Anual (documentos anexos), e a base de cálculo adotada para se achar o valor do ICMS supostamente devido.

Apenas à guisa de exemplo, afirma que o total de operações ocorridas em janeiro de 2015 foi, segundo o Relatório, de R\$27.641, 94 (vinte e sete mil seiscentos e quarenta e um reais e noventa e quatro centavos). Entretanto, a base de cálculo utilizada no auto de infração foi de R\$29.267,94 (vinte e nove mil duzentos e sessenta e sete reais e noventa e quatro centavos) para o mesmo período, existindo um ágio de R\$1.626,00 (um mil, seiscentos e vinte e seis reais).

Assevera que Incorrências do mesmo tipo apontada se repetem em todos os períodos de apuração, tomando, assim, o auto de infração completamente nulo, uma vez que acabou por inflar irregularmente os valores do ICMS supostamente devido.

Relativamente à multa de 100% (cem por cento) dos valores supostamente não recolhidos a título de ICMS, frisa que esta também é completamente indevida, por entender que recolheu todos os tributos devidos a título de ICMS no período entre 2015/2017 por intermédio do Documento de Arrecadação do Simples Nacional — DAS (comprovantes anexos), uma vez que ignorava ter sido excluído do regime tributário especial (Simples Nacional).

Ressalta, ainda, que o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 (dispositivo utilizado pela Autoridade Fiscal para enquadrar a suposta conduta do Autuado), condiciona a imposição da penalidade à ocorrência de uma das hipóteses elencadas nas alíneas seguintes: a) *saído credor de caixa*; b) *suprimento a caixa de origem não comprovada*; c) *manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes*; d) *entradas de mercadorias ou bens não registrados*; e) *pagamentos não registrados*; f) *valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por* 1 - instituições financeiras; 2 - administradoras de cartões de crédito ou débito; 3 - “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante; g) *outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque*.

Afirma que o Auto de Infração em tela não aponta em qual (ou quais) das hipóteses o Contribuinte teria incorrido, a justificar, assim, a penalidade imposta.

Destaca que ao deixar de apontar expressamente em qual (ou quais) das alíneas o Autuado incorreu, impossibilita a ampla defesa daquele, violando gravemente a norma fundamental prescrita no art. 5º, LV, da Constituição Federal e tomando o Auto de Infração em tela completamente nulo.

Fala que os *encargos moratórios* apurados pelo órgão fazendário estadual são, também, completamente indevidos, seja porque os tributos foram adimplidos, seja porque os valores das bases de cálculo utilizados no auto de infração estão totalmente incorretos, como acima demonstrado.

Assevera que o Auto de Infração deve ser anulado, cancelando-se, por consequência, o lançamento tributário dele decorrente, pelo seguintes motivos: a) o Contribuinte-Autuado recolheu os tributos à título de ICMS ora novamente cobrados, conforme comprovantes anexos, tendo, assim, adimplido as obrigações principais no regime tributário a que entendia estar submetido; b) Autoridade Fiscal utilizou-se de bases de cálculos incorretas, conforme se observa do cotejo com os Relatórios de Informações TEF, inflando, assim, os valores supostamente devidos.

Ressalta que também devem ser anulados os encargos moratórios apurados pelo órgão fazendário estadual, posto que completamente indevidos, seja porque os tributos foram adimplidos, seja porque os valores das bases de cálculo utilizados no auto de infração estão totalmente incorretos, como acima bem demonstrado.

O Autuante presta informação fiscal, fl. 88, dizendo que:

“O contribuinte apresentou defesa tempestiva, embora de caráter protelatório, pois os argumentos ali contidos carecem de substância para anular a prova material evidenciada pela falta de apresentação de documento comprobatório do retorno ao SIMPLES NACIONAL no período 31/01/2015 a 31/12/2017, motivo da autuação.”

“O contribuinte não apresentou documentos que comprovam a entrega das EFDs.”

Finaliza mantendo integralmente a exigência fiscal.

Na assentada de julgamento realizada em 21 de maio de 2019 está Junta de Julgamento Fiscal observando que na Informação Fiscal o autuante não se manifestou em relação aos argumentos defensivos e não consta no PAF o comprovante da entrega de cópias do Relatório Diário de Operações TEF, decidiu pela conversão do processo em diligência para que o autuante tomasse as seguintes providências:

- a) Informasse se foram tomadas as providências formais relativas ao desenquadramento do Simples Nacional, previstas nos artigos 326 e 327 do RICMS/12, com as devidas comprovações;
- b) Esclarecesse e demonstrasse quais as operações que foram objeto do presente lançamento, anexando ao PAF demonstrativos sintéticos e analíticos;
- c) Caso a irregularidade fosse a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, anexasse cópias dos Relatórios Diários de Operações-TEF.

Após a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos documentos indicados nos itens acima, além de cópia deste pedido de diligência, concedendo-lhe o prazo de 60 dias, contados da ciência da intimação, para se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do autuado fosse dada ciência ao autuante a fim de prestar nova Informação Fiscal.

O autuante no atendimento da diligência, fl. 101 a 102 diz que:

- a) A informação da exclusão do contribuinte do Simples Nacional foi obtida no sistema INC da SEFAZ, conforme fl. 103, bem como do Termo de Indeferimento da Opção do Simples Nacional emitido pela receita federal á fl. 104.
- b) As operações diárias realizadas pelo contribuinte, objeto da autuação estão relacionadas em arquivo magnético em anexo, devido a extensão de mais de 20.000 linhas a serem impressas.
- c) As operações diárias realizadas foram disponibilizadas em meio magnético ao contribuinte também, além desta junta.

Finaliza pugnando pela manutenção do auto de infração.

O contribuinte se manifesta às fls. 112 a 114 e após transcrever o pedido da diligência afirma que o autuante apresentou resposta genérica, afirmando basicamente que utilizou de informação

constante no sistema da própria autoridade, sem trazer as comprovações necessárias acerca da sua exclusão do Simples Nacional, nem observou os requisitos insculpidos nos art. 326 a 327 do RICMS/12.

Também assevera que não foram esclarecidas nem demonstradas “*quais as operações que foram objeto do presente lançamento, anexando ao PAF demonstrativos sintéticos e analíticos*”.

Afirma, em relação ao CD que lhe foi disponibilizado que as informações não guardam qualquer relação com os lançamentos efetivamente realizados, já que desacompanhados dos demonstrativos sintéticos e analíticos solicitados pela Junta de Julgamento Fiscal.

Acrescenta que que os referidos anexos não trazem quaisquer relatórios corroboradores das supostas operações apontadas fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito. Salienta que jamais omitiu qualquer saída de mercadorias tributáveis, tendo sempre declarado, regular e devidamente, as operações de compra e venda realizadas em seu estabelecimento.

Ratifica todos os argumentos trazidos na defesa inicial e reafirma o pedido de nulidade do Auto de Infração, providência que ora se impõe com mais força pelo fato de que o autuante deixou de atender as diligências requisitadas por esta Junta de Julgamento Fiscal, especialmente a devida comprovação da regularidade de sua exclusão do Simples Nacional, bem como os demonstrativos sintéticos e analíticos das operações que foram objeto do lançamento, já que os arquivos Excel contidos na mídia apresentada não passam de planilhas produzidas unilateralmente pelo órgão fazendário e se encontram desacompanhadas de qualquer elemento corroborador fornecidos pelas instituições financeiras.

O autuante apresenta manifestação à fl. 116 a 117 transcrevendo o inteiro teor da sua manifestação de fls. 101 a 102.

VOTO

A acusação do presente Auto de Infração está assim posta:

“*Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros próprios*”.

Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 2º, inciso I, e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c art. 332, §6º do RICMS/BA, e aplicada a multa capitulada no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

O impugnante alega nulidade da ação fiscal por falta de certeza da base de cálculo para apuração do imposto, uma vez que o auto de infração apresenta **incorrências** graves entre os valores relativos às operações comerciais do Contribuinte, apurados nos Relatórios de Informações TEF - Anual e a base de cálculo adotada para se achar o valor do ICMS supostamente devido.

Ao analisar o processo verifiquei que para fundar a acusação fiscal, foram anexados os seguintes documentos;

1. Relatório Resumo de Arquivo EFD/OIE, fl. 06;
2. Relatório de Informações TEF-Anual, operações ocorridas em 2015 e 2016, fl. 7,8 e 9;
3. Relatório da DMA Consolidada – 2015 e 2016, fls. 11ª a 13;

Assim, os papéis de trabalho anexados aos autos, leva a crer que a auditoria se refere à presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito. Portanto, não condiz com a acusação fiscal, gerando uma insegurança quanto à ocorrência da infração que foi atribuída ao sujeito passivo.

Esse fundamento, só por si, é suficiente para a decretação da nulidade do lançamento, em virtude da inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração dela objeto. Mais existe, ainda, uma outra questão, igualmente relevante, que reforça a nulidade do

lançamento. Admitindo-se tratar-se da presunção de omissão de saídas de mercadorias acima mencionada, necessário se faz a existência de demonstrativos analíticos explicitando mensalmente o confronto entre as documentações fiscais emitidas para as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito ou de débito e as operações informadas pelas financeiras e administradoras de cartões, através de Relatório Diário de opções - TEF que resultaram nas omissões.

Por esta razão está Junta de julgamento fiscal converteu o processo em diligência para que o autuante esclarecesse e demonstrasse quais as operações que foram objeto do presente lançamento, anexando ao PAF demonstrativos sintéticos e analíticos. Caso a irregularidade fosse a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, anexasse cópias dos Relatórios Diários de Operações-TEF.

Ocorre que o autuante no cumprimento da diligência não anexou quaisquer demonstrativos, seja ele sintético ou analítico, apenas inseriu no CD de fl. 105 cópias do Relatório Diário de Operações -TEF.

Da análise do referido relatório observo que, mesmo admitindo-se que o sujeito passivo não tenha emitido qualquer documento fiscal na modalidade de pagamento através de cartão de débito ou crédito, os valores da base de cálculo consideradas para a apuração do imposto são superiores aos totais mensais informados nos Relatórios TEF, permanecendo assim a incerteza em relação à constituição da base de cálculo.

Para ilustração apresento os dados relativos ao exercício de 2015, ressaltando que situação idêntica ocorreu nos demais exercícios.

DATA	B. CÁLCULO	TEF
jan/15	29.267,94	27.641,94
fev/15	29.459,35	27.822,74
mar/15	28021,53	26.464,80
abr/15	29.110,12	27.492,91
mai/15	30.371,88	28.684,56
jun/15	27.053,06	25.550,09
jul/15	29.336,94	27.707,12
ago/15	27.607,24	27.073,51
set/15	27.532,82	26.003,23
out/15	29.365,71	27.734,27
nov/15	31.509,29	29.758,79
dez/15	3.486,94	1.626,53

Além das irregularidades apontadas, a informação prestada pelo autuante de que os argumentos defensivos: “ *carecem de substância para anular a prova material evidenciada pela falta de apresentação de documentos comprobatório do retorno ao SIMPLES NACIONAL no período 31/01/2015 a 31/1/2017, motivo da autuação*”, e “*o contribuinte não apresentou documentos que comprovam a entrega das EFDs*”, gerou incerteza em relação a infração cometida, já que, apesar de ter sido solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal não foi trazido aos autos comprovação de que foram tomadas as providências formais relativas ao desenquadramento do Simples Nacional, previstas nos artigos 326 e 327 do RICMS/12, aliado ao fato de que, à falta de entrega da EFD, não é prova suficiente para se configurar a presunção de omissão de saídas prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, pois neste roteiro de auditoria o comparativo deve ser efetuado entre as informações contidas no referido Relatório e as vendas através de documentos fiscais emitidos pelo contribuinte através de cartão de crédito ou de débito.

Vale registrar que, nos termos da Súmula nº 01, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Há portanto nestes autos um víncio jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz

respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado.

Diante do exposto, o Auto de Infração é nulo, consoante determina o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

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.

Assim, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232875.0011/18-1**, lavrado contra **MERCADO MINE PREÇO LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente que examine a possibilidade da instauração de procedimento fiscal, em fiscalização no estabelecimento, a salvo de falhas acima expostas.

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 Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR