

PROCESSO - A. I. Nº 151936.0020/18-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AME COMERCIAL DE MATERIAIS DE ESCRITÓRIO LTDA. - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 4ª JJF nº 0205-04/20-VD
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/06/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0104-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EMITIDAS COM DOCUMENTOS FISCAIS NÃO DECLARADAS NA DASN. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA A MENOR. **b.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE RECEITA APURADA ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FISCAL. **b.2)** VENDAS DE MERCADORIAS CONSIDERADAS COMO SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Declaradas nulas as infrações, tendo em vista que no levantamento fiscal foi aplicada metodologia em desacordo com a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, gerando insegurança na determinação das infrações e dos valores eventualmente devidos, além da ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo, de Recurso de Ofício encaminhado pela 4ª JJF, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20.08.2018, ciente em 22.08.18, no valor original de R\$175.310,82, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01- 17.02.01

Efetuuu recolhimento a menos do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no período de abril a junho e novembro de 2014, janeiro, março, junho a setembro e novembro de 2015; abril, maio, junho e dezembro de 2016, fevereiro, maio, agosto e dezembro de 2017, no valor de R\$840,36, acrescido da multa de 75%.

Infração 02- 17.03.16

Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal- sem dolo, nos meses de janeiro a julho e outubro a dezembro de 2014, fevereiro, maio a agosto e novembro de 2015; fevereiro, abril, setembro e outubro de 2016, fevereiro a junho, setembro, outubro e dezembro de 2017 - no valor de R\$3.515,25, com multa aplicada de 75%.

Infração 03 – 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, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, no valor de R\$170.955,21, acrescido da multa de 75%.

Analisando o Auto de Infração e seus anexos, a defesa apresentada pela autuada protocolada em 17.10.2018, fls. 53 a 71, a Informação Fiscal prestada pela autuante protocolada em 25.03.2019, fls. 84 a 85, em sessão do dia 08.05.2019 a 4ª JJF converteu o processo em diligência à INFAZ de origem, fls. 92 e 93, atendida conforme relato protocolado em 15.08.2019, fl. 98, nova diligência decidida pela 4ª JJF em sessão do dia 26.09.2019, fl. 203, a Manifestação apresentada pela autuada, protocolada em 23.01.2020, fls. 213 a 215 e a Informação Fiscal apresentada pela autuante, protocolada em 28.08.2020, fls. 218 e 219, em sessão de 22.09.2020, a 4ª JJF, mediante o Acórdão JJF nº 0205-04/20, assim se pronunciou:

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 recolhido a menor o ICMS, em decorrência de erro na informação da receita e/ou aplicação de alíquota a menor (infração 01), omissões de saídas tributadas apuradas através de levantamento fiscal (infração 02), e falta de recolhimento do imposto 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 (infração 03).

O impugnante argui preliminares de nulidade à ação fiscal, as quais, neste momento, se analisa.

INTIMAÇÃO FEITA DE FORMA IRREGULAR- Diz que a intimação para a apresentação da receita declarada nas PGDAS, fez referência ao período de 2014 a 2017, e não ao período fiscalizado, no caso 2007 a 2010, portanto, de forma irregular, porque pretere o direito de defesa da autuada.

De acordo com a intimação anexada à fl. 12, verifico que a mesma faz referência ao período fiscalizado compreendido entre 01/01/2015 a 31/12/2007, entretanto, no tópico referente à PGDAS, foi informado equivocadamente, os exercícios de 2007 a 2010. Tal fato, não possui o condão de invalidar o mencionado documento, por se tratar apenas de um erro de digitação.

FALTA DE ENTREGA DO RELATÓRIO TEF - Assevera que nas vendas com pagamento através de cartões de débito e crédito, se faz necessário o cotejo das operações declaradas na escrita fiscal do contribuinte, com os valores informados por financeiras ou administradoras de cartões.

Não assiste razão ao autuado, pois de acordo com os papéis de trabalho anexados às fls. 14 a 44, as acusações não dizem respeito às diferenças apuradas, através do comparativo entre as informações repassadas pelas administradoras de cartões de débito e de crédito, através dos “Relatório Diário Operações TEF”, e as vendas através de documentos fiscais, e sim divergências entre os valores constantes nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte, e as receitas declaradas em PGDAS, apurando assim as diferenças, conforme se verifica especialmente no demonstrativo de fls. 17, 25, 33, 41, sendo desnecessária a apresentação do aludido Relatório TEF.

FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRATIVOS ANALÍTICOS - Não foram apresentados demonstrativos analíticos referentes às Notas Fiscais segregadas das receitas declarada nas PGDAS, cerceando o seu direito de defesa, pois não ficou demonstrada a apuração da base de cálculo do imposto.

De acordo com o esclarecido no item anterior, as irregularidades foram detectadas a partir do comparativo entre a receita declarada pelo contribuinte nas PGDAS, e os valores das vendas através de documentos fiscais.

Tomo como exemplo os dados relativos ao mês de abril de 2014, onde o total das notas fiscais emitidas somam o total de R\$235.940,83, e receita total declarada em PGDAS R\$235.940,83, resultando em uma diferença R\$683,00, fl. 17.

Para a apuração da base de cálculo da infração 02 (omissão de receita apurada através de levantamento fiscal), foi excluído o valor referente à mercadoria sujeita à substituição tributária, após a aplicação da proporcionalidade referente àquele tipo de mercadoria, no caso 47,0722%, indicado no demonstrativo de fl. 18, resultando no valor de R\$361,50.

A base de cálculo da infração 03 foi assim constituída:

Foi apurada a Receita sem substituição, aplicando o valor percentual das mercadorias sujeitas à substituição tributária 47,0722%, sobre a receita total apurada R\$235.940,83, encontrando o montante de R\$124.878,22, fl. 18. Este valor foi comparado com o total da receita declarada na PGDAS - R\$94.551,75, e deduzido o valor de R\$361,50, referente à base de cálculo apurada na infração 02, resultando no montante de R\$29.964,97, fl. 19.

A infração 01 é decorrente da infração 02, pois foi exigido o imposto sobre as operações acobertadas por documentos fiscais de vendas emitidos pelo próprio contribuinte, **declaradas** nas PGDAS, após a aplicação das alíquotas constantes no Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, correspondentes à Receita bruta acumulada auferida em 12 meses, incluindo as Receitas omitidas (infração 02).

Ocorre, que não foram anexados demonstrativos analíticos referentes às vendas mensais através de documentos fiscais, apontadas pela fiscalização como peça fundamental para o deslinde da questão. Por esta razão, o processo foi convertido em diligência por duas vezes, para que a autuante anexasse tal documento, entretanto, tal providência não foi atendida.

Ademais, observo que para a apuração da base de cálculo das infrações, foi calculado um índice de proporcionalidade das mercadorias sujeitas à substituição tributária. Após, este índice foi aplicado sobre o total das saídas com documento fiscal, para se encontrar a base de cálculo do imposto exigido.

Considerando que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/06 diz respeito exclusivamente às presunções de omissão de receitas, e no caso presente trata-se de operações acobertadas com documentos fiscais, o procedimento a ser adotado seria, com base nos documentos fiscais emitidos, separar as mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e a normalmente tributada. Após, calcular o imposto sobre os totais

mensais das operações tributadas normalmente, com base nas respectivas notas fiscais, o que não ocorreu.

Estes equívocos importam na insegurança da apuração da base de cálculo do imposto, e cerceamento ao direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF/BA.

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.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Ocorrendo a desoneração em valor superior ao limite estabelecido 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, a 4ª JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, objeto da minha análise.

VOTO

Analizando o processo e os argumentos apresentados, vislumbro certeza na decisão da Junta julgadora pelos motivos a seguir expostos:

A autuação teve como motivação o que ficou definido nas infrações abaixo:

Infração 01- 17.02.01

Efetou recolhimento a menos do ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no período de abril a junho e novembro de 2014, janeiro, março, junho a setembro e novembro de 2015; abril, maio, junho e dezembro de 2016, fevereiro, maio, agosto e dezembro de 2017, no valor de R\$840,36, acrescido da multa de 75%.

Infração 02- 17.03.16

Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal- sem dolo, nos meses de janeiro a julho e outubro a dezembro de 2014, fevereiro, maio a agosto e novembro de 2015; fevereiro, abril, setembro e outubro de 2016, fevereiro a junho, setembro, outubro e dezembro de 2017 - no valor de R\$3.515,25, com multa aplicada de 75%.

Infração 03 – 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, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017, no valor de R\$170.955,21, acrescido da multa de 75%.

No caso, a autuada é uma empresa enquadrada no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, estando, por esta condição, sujeita a regime especial de fiscalização, conforme determinado pela Lei Complementar 123/2006, cujas normativas foram recepcionadas pela legislação baiana, e com base no que ela determina, a autuante pautou seu trabalho.

Para execução do seu trabalho de fiscalização, deve o preposto autuante proceder em conformidade com o que determina o RPAF BAHIA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18, em especial o que está definido no artigo 28, como abaixo transcrito:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

(...)

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato auferido.

Tal assertiva, está consolidada no artigo 41, como abaixo:

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato auferido.

Como observado na decisão de piso, o autuante, ao determinar a imposição de cobrança à

autuada, não apresentou demonstrativos analíticos onde se determinassem quais notas fiscais foram segregadas nas PGDAS, motivo da autuação, muito embora tenha se diligenciado para tanto, em duas ocasiões, deixando claro o cerceamento ao direito à defesa e ao contraditório, por parte da autuada.

Também a metodologia de cálculo para apurar a proporcionalidade feita pela autuante, foi erroneamente aplicada. Calculou a autuante um índice de proporcionalidade das mercadorias sujeitas à substituição tributária, e o resultado obtido foi aplicado sobre o montante total das saídas, para encontrar a base de cálculo do tributo exigido, inflando o valor a ser cobrado.

Tem-se a considerar, que o determinado pela Instrução Normativa nº 57/06 para cálculo da proporcionalidade, diz respeito à presunção de omissão de receitas, o que não é o caso do presente processo, que trata de operações acobertadas por documentos fiscais devidamente registrados.

A forma como procedeu a autuante, configura equívoco e não atendimento ao determinado pela legislação, o que leva à insegurança na apuração da base de cálculo do tributo e cerceamento ao direito de defesa, o que inquina de nulidade insanável, como disposto no RPAF/BA, artigo 18, inciso IV, alínea “a”, que a seguir transcrevo:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

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

Acato o requerido pela 4ª JJF, quando em seu voto condutor assim se expressa:

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.

Desta forma, baseado no que foi comprovado no decorrer do processo, convicto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, e julgo NULO o Auto de Infração em apreço, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 151936.0020/18-4, lavrado contra AME COMERCIAL DE MATERIAIS DE ESCRITÓRIO LTDA. – EPP. Recomenda-se à autoridade competente, que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS