

PROCESSO	- A. I. N° 217365.0006/18-9
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- ALUMIVIDROS COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0244-03/20-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0426-12/23-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 1. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OMISSÃO DE RECEITAS; **b)** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO; **c)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração. Recomenda-se à autoridade competente que, observado o prazo decadencial, analise a viabilidade de renovação dos atos, a salvo de falhas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluirá pela nulidade da autuação ao reconhecer que *“não é possível atestar de forma inequívoca, que os dados inseridos no AUDIG, relativamente à omissão de receitas, sejam exatamente aqueles constantes nos documentos utilizados pelo Contribuinte, o que traduz fragilidade no procedimento que apurou os valores autuados, em desacordo com os princípios da verdade material e ampla defesa. Trata-se de vício insanável, sem possibilidade de correção por meio de diligência fiscal”*. A acusação, portanto, padecerá de vício por não conter elementos suficientes para sua determinação com segurança.

O Autuado, ora Recorrido, se viu com isso desonerado ao tempo da prolação da decisão do montante de R\$ 335.560,54 (fl. 327).

O Auto de Infração fora lavrado em 07/05/2018 e notificado ao Autuado em 26/06/2018. A acusação (quatro infrações), referente a períodos salteados dos exercícios de 2014 a 2017, foi a seguinte:

Infração 01 – 17.02.01: Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. [...]

Infração 02 – 17.03.12: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo. [...]

Infração 03 – 17.03.16: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sem dolo.

Infração 04 – 17.04.01: *Falta de recolhimento de 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.*

Afirmou a 3^a JJF que, com efeito, a autuação padece de nulidade por vício insanável por meio de diligência, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

O presente Auto de Infração, trata da exigência de imposto, sob a acusação de falta de recolhimento e pagamento efetuado a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O defensor alegou que não teve acesso a demonstrativos analíticos, de como foram apuradas as supostas diferenças para que fosse possível a sua ampla defesa. Na mídia, o Autuante limitou-se a juntar os documentos utilizados na sua apuração, mas em nenhum momento demonstrou como chegou aos números lançados, restando prejudicada a defesa, que se baseou em conclusões em cima da análise sintética, quando teria direito ao acesso das informações de forma analítica que possibilitasse o exercício pleno do seu contraditório.

O autuante informou que a fiscalização das empresas enquadradas no Simples Nacional é realizada utilizando a ferramenta oficial da SEFAZ-BA (sistema AUDIG). Nele são inseridas todas as informações (Notas Fiscais de Entrada, Notas Fiscais de Saída, ICMS recolhido, TEF, Declaração do PGDAS, arquivo MFD formato binário). Uma vez identificada omissão de receita, o aplicativo ajusta mês a mês a nova RBT-12 (Receita Bruta Total dos últimos 12 meses), e aplica as alíquotas com a progressividade prevista na legislação.

Observo que a Auditoria Digital – AUDIG, se trata de um banco de dados onde são inseridas informações a respeito do contribuinte, e a partir desses dados, a exemplo de entradas e saídas de mercadorias, são elaboradas planilhas visando demonstrar o resultado apurado. Portanto, AUDIG é uma ferramenta que facilita a apuração do imposto devido por empresas optantes pelo Simples Nacional.

A base de cálculo para a determinação do valor devido mensalmente pela empresa optante pelo Simples Nacional, será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência), ou recebida (Regime de Caixa), conforme opção feita pelo contribuinte. No levantamento fiscal, deve-se adicionar às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita a ser utilizada no cálculo do imposto exigido. Neste caso, devem ser disponibilizados ao contribuinte os elementos necessários à identificação dos dados relativos às omissões de receitas constatadas pela fiscalização.

A Infração 01 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro, março a maio, julho, outubro e dezembro de 2014; fevereiro, setembro e outubro de 2015; janeiro, fevereiro, abril a setembro, novembro e dezembro de 2017.

Infração 03: Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sem dolo, nos meses de dezembro de 2016 a dezembro de 2017.

O primeiro item do Auto de Infração está relacionado com a Infração 03. Em virtude disso, os demonstrativos do item 3º são compartilhados com os do item 1º, e em tal situação, os documentos utilizados na elaboração dos demonstrativos da Infração 03 também se referem à Infração 01.

O defensor alegou que os valores apurados pelo autuante, decorrem dos equívocos por ele cometidos em sua apuração, ao não considerar os descontos consignados em notas; cartas de correção e devoluções de venda, bem como, incluir na base de cálculo notas de baixa de estoque e de devolução.

Vale ressaltar, que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher por empresas do Simples Nacional, exige que se considere no cômputo da receita bruta, o total das vendas de bens, não incluindo as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme § 1º do art. 3º da Lei 123/2006, e a mercadoria da substituição tributária é objeto de segregação dessas receitas.

O defensor disse ainda, que no exercício de 2017, além dos equívocos mencionados, o Autuante desconsiderou os valores das vendas com cupons fiscais, constantes no arquivo MFD a ele fornecido, bem como, ignorou os valores declarados em PGDASD no mês de outubro. Afirmou que restando evidente a inexistência de omissão de saídas (Infração 03), obviamente, se não houve omissão, não há porque se cobrar ICMS sobre elas (Infração

01).

Quanto às receitas decorrentes de operações de vendas realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito, consta no PAF, Relatório TEF Mensal, e conforme o Recibo de Arquivos Eletrônicos, foi fornecido ao defensor o mencionado Relatório TEF Mensal, correspondente aos exercícios de 2014 a 2017. Não se constatou o Relatório Diário de Operações TEF com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito do período fiscalizado, o que não permite uma visualização completa de cada operação realizada por meio de pagamento com cartão de crédito ou de débito.

Nesta espécie de levantamento, é efetuado o confronto entre as vendas efetuadas pelo contribuinte, de acordo com os documentos fiscais emitidos, e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

Infração 02: Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem dolo, nos meses de março a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2017.

Infração 04: Falta de recolhimento de 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 2016; janeiro a abril, junho, setembro, novembro e dezembro de 2017.

O autuado alegou, que de acordo com as provas constantes no presente auto (notas fiscais de entradas colacionadas pelo Preposto Fiscal, demonstrativos e livros e notas fiscais juntadas pela defesa, por amostragem, com sinalização por tributação), a proporção de mercadoria sujeita à substituição tributária adquirida para comercialização, é substancialmente superior à de mercadoria não sujeita.

O defensor também afirmou ser inadmissível o Estado da Bahia autuar contribuinte mediante meras estimativas, quando os dados acessados pelo agente tributante estão disponíveis de forma pormenorizada, item a item. Disse que o Preposto Fiscal não aplicou a legislação tributária estadual na apuração de suas estimativas.

Entendo que na realização de levantamento fiscal não se apura indícios, haja vista que deve ser efetuada análise dos valores constantes nos documentos fiscais, Relatório de Operações TEF do período fiscalizado e demais operações efetuadas pelo Contribuinte, exigindo-se o imposto quando resulta omissão de saída de mercadoria tributada. No caso de levantamento fiscal sobre mercadorias enquadradas ou não no regime de substituição tributária, deve ser elaborado demonstrativo dessas mercadorias proporcionando a verificação de seu enquadramento ou não no referido regime.

Na informação fiscal, o autuante não apresentou argumentos em relação aos diversos equívocos apontados pelo defensor, haja vista que informou em cada exercício fiscalizado, as receitas declaradas pelo defensor no PGDAS. Disse que após inserir todas as informações no sistema AUDIG e fazer o cruzamento, apurou novos valores das receitas com e sem Substituição Tributária.

Vale salientar, que no roteiro de Auditoria AUDIG, consta um Anexo destinado à proporcionalidade das mercadorias da Substituição Tributária, nas mesmas situações previstas no PGDAS. No levantamento fiscal, o autuante deve indicar as receitas mensais de mercadorias, o total da receita apurada, encontrando a proporção das mercadorias da substituição tributária.

O convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas. Neste caso, tendo sido apurada omissão de receita mediante levantamento fiscal, cabe ao autuante juntar a comprovação inequívoca da irregularidade apurada, permitindo ao autuado o exercício da ampla defesa e do contraditório, sendo indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal.

No caso em exame, não é possível atestar de forma inequívoca, que os dados inseridos no AUDIG, relativamente à omissão de receitas, sejam exatamente aqueles constantes nos documentos utilizados pelo Contribuinte, o que traduz fragilidade no procedimento que apurou os valores autuados, em desacordo com os princípios da verdade material e ampla defesa. Trata-se de vício insanável, sem possibilidade de correção por meio de diligência fiscal.

Outro ponto que merece destaque, é a ausência do Relatório Diário por Operações – TEF, o que impossibilita fazer o confronto dos valores constantes no mencionado relatório, com o resultado apurado no levantamento fiscal, em cada operação nos exercícios fiscalizados.

O Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em provas concretas, e neste caso, o procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, por não ter sido seguido o devido processo legal, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa. Ou seja, há incerteza quanto ao imposto lançado, por ausência de elementos para se determinar, com segurança, a infração.

Conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não

contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Logo, restando configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez a infração, impõe-se sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo de incorreções.

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

Foi interposto Recurso de Ofício.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 10/08/2023, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 30/11/2023, para julgamento.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se agiu com acerto a 3ª JJF ao visualizar nulidade insanável na Autuação, uma vez que os procedimentos da auditoria e de lançamento por meio de levantamentos fiscais se limitaram à utilização dos dados inseridos em sistema informatizado custodiado pela Fiscalização, sem que se houvesse posto a teste os resultados do levantamento, confrontando com outros dados do Sujeito Passivo e suas operações, também sob custódia da Fiscalização.

Com efeito, ao Fisco incumbe fiscalizar, o que não é mera prerrogativa ou “direito subjetivo”, e sim dever funcional. Ou seja, essa atividade não se pode limitar à transcrição autômata de dados parcialmente colhidos. A atividade de auditoria não se pode escudar na asserção “foi erro do sistema”, pois a cobrança do tributo (e a constituição do crédito tributário) é atividade administrativa plenamente vinculada.

Constatado que o roteiro é falho, pois incapaz de possibilitar com segurança a verificação de sua confiabilidade, nada resta aos órgãos que exercem controle sobre a ação fiscal senão reconhecer a nulidade do lançamento.

Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo a INFRAZ de origem avaliar a oportunidade de renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, verificando o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 217365.0006/18-9 lavrado contra **ALUMIVIDROS COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA**. Representa-se à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, em nova ação fiscal por servidor competente, verificando o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS