

A.I. N° - 209205.0001/11-9
AUTUADO - JSD COMERCIAL DE ALIMENTOS SAUBARA LTDA.(COMERCIAL DE ALIMENTOS BA LTDA).
AUTUANTE - MOISÉS DA SILVA SANTOS
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 18. 01. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0002-01/13

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES [CONTRIBUINTE INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL]. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DE VALORES REFERENTES AO REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, IMPLICANDO FALTA DE PAGAMENTO DE PARTE DO ICMS, EM VIRTUDE DE ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. CONTRIBUINTE INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL. **c.1)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. **c.2)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Fatos demonstrados nos autos. Recusa de recebimento de intimações. Prejudicado o pedido de dilação do prazo para juntada de provas. Não acatada a alegação de não ter feito as compras objeto dos lançamentos da antecipação tributária, haja vista que constam nos autos “canhotos” de entrega das mercadorias, bem como autorizações de faturamento. Lançamentos mantidos. **d)** LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. **d.1)** REGISTRO DE ENTRADAS. **d.2)** CAIXA. Contradição na descrição da infração quanto ao Registro de Entradas, por acusar o contribuinte de ter deixado de escriturar livro, e em seguida de não o ter apresentado. Autuação nula quanto ao Registro de Entradas. Mantida a multa quanto à falta de escrituração do livro Caixa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31.3.11, acusa:

1. falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando a falta de pagamento de parte do ICMS, em virtude de erro na

informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos *[sic]*, sendo lançado imposto no valor de R\$ 10.427,50, com multa de 75%;

2. falta de pagamento de ICMS por antecipação, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), nas aquisições interestaduais de mercadorias [enquadradas no regime de substituição tributária], sendo lançado imposto no valor de R\$ 38.385,79, com multas de 50% e 60%;
3. falta de pagamento de ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), nas aquisições interestaduais de mercadorias [destinadas a comercialização], sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.085,32, com multa de 60%;
4. falta de escrituração do Registro de Entradas, sendo por isso aplicada multa de R\$ 460,00;
5. falta de escrituração do livro Caixa, sendo por isso aplicada multa de R\$ 460,00;
6. omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 7.981,09, com multa de 150% [contribuinte inscrito na condição de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)].

O autuado apresentou petição (fls. 346/349) requerendo dilação do prazo para juntada de contraprovas. Alegou que, tendo em vista a complexidade da exigência fiscal e o elevado número de infrações que lhe foram atribuídas, dificultando a apresentação de defesa dentro do trintídio legal, seria razoável a dilação do prazo para apresentação de suas contraprovas de forma técnica e consistente, em respeito à ampla defesa e ao contraditório.

Valendo-se do princípio da eventualidade, frisa que sua empresa não realizou quaisquer transações comerciais, tampouco não foram advindas da autorização e ciência de sua representante legal, o que a seu ver culmina em verdadeira fraude perpetrada contra a empresa. Invoca o princípio da ampla defesa e do contraditório, argumentando que, a fim de garantir a “paridade de armas”, a defesa não deve limitar-se apenas ao prazo estabelecido em lei, pois, tendo em vista a complexidade da relação fiscal, o contribuinte não teria como manter essa paridade, não podendo valer-se, portanto, do direito à ampla defesa e ao contraditório, de modo que a seu ver a dilação do prazo nesta lide permeia pela razoabilidade e bom senso. Toma por fundamento o art. 151, § 2º, da Lei Complementar nº 689, de 28 de dezembro de 1954, da Bahia, que reorganizou o sistema de fiscalização do Imposto sobre Vendas e Consignações, segundo o qual, se qualquer autuado alegasse motivos justos que o impedissem de apresentar defesa no prazo fixado, tal prazo poderia ser dilatado por 10 dias mediante despacho do chefe da repartição recebedora do processo, em requerimento que lhe fosse apresentado.

Aduz que, não tendo havido qualquer compra da empresa, inexistem provas em sentido adverso, devendo-se estender critério investigativo sobre aquele que comprou e em favor de quem foram entregues as mercadorias.

Diz que sempre zelou por seu bom nome, jamais deixando de recolher qualquer tributo ou de cumprir obrigação legal a que estivesse submetido.

Alega que a investigação necessária para reparação de danos que já se fizeram sentir deve recair sobre quem vendeu, talvez em conluio com supostos compradores que se fizeram passar pela empresa ora autuada.

Pede:

- a) que seja deferida a dilação do prazo para defesa prévia com juntada de contraprovas;
- b) que seja oficiada a Polícia Federal no sentido de averiguar os reais compradores, visando à queixa-crime decorrente;
- c) que seja oficiado o Ministério Público Federal, por envolver crime contra a ordem pública;
- d) que sejam intimados os vendedores das mercadorias por meio das Notas Fiscais apresentadas, para que comprovem terem sido os pedidos de compra realmente efetuados pela empresa ora autuada.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 350/352) dizendo que os fatos imputados foram objeto de simples e genéricas negativas pelo autuado. Considera que o contribuinte se contradiz quando alega não ter realizado quaisquer transações comerciais, haja vista que se trata de estabelecimento comercial varejista, e ainda solicita dilação de prazo para apresentar contraprovas.

Quanto ao princípio da eventualidade, o fiscal considera que “O contribuinte autuado o exerce simplesmente negando ter realizado transações comerciais, nem que as autorizações e ciências advieram de sua representante legal”. Aduz que o processo está repleto de provas documentais, “através das DANFE”, que comprovam de forma cabal as aquisições das mercadorias, inclusive com as cópias das autorizações assinadas e carimbadas pelos sócios da empresa, conforme fls. 271 a 344.

Com relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o fiscal observa que o autuado obteve o prazo de 30 dias para pagamento ou impugnação administrativa, previsto no art. 39, VII, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, prazo suficiente para a apresentação de defesa, não havendo, portanto, divergência com o texto constitucional alegado pelo autuado.

No tocante à Lei Complementar nº 689/54, o fiscal observa que se trata de lei que estabelece normas de arrecadação do Imposto sobre Vendas e Consignações, reorganiza o sistema de fiscalização daquele imposto e dá outras providências, e esse imposto não mais existe, de modo que as alegações não têm cabimento.

Conclui dizendo que não concorda com os pedidos do autuado, e mantém em sua inteireza a autuação.

Na fase de instrução, o órgão julgador, considerando que à mesma época deste Auto e seguindo o mesmo roteiro foi lavrada mais de uma centena de Autos com características semelhantes, havendo necessidade de harmonizar na medida do possível os procedimentos de instrução do feito, e considerando a complexidade dos aspectos envolvidos, além de a autuação decorrer da implantação de um roteiro de fiscalização inusitado, competindo ao Órgão Julgador zelar pela condução do processo atento aos princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, na busca da verdade, até mesmo nos pontos não questionados pelo contribuinte, mas que careçam de esclarecimentos, em atenção à estrita legalidade do lançamento tributário, decidiu, na pauta suplementar do dia 28.11.11, remeter os autos em diligência à repartição de origem (fls. 355/361), a fim de que a autoridade fiscal responsável pelo lançamento e o órgão preparador adotassem as seguintes providências:

- a) tendo em vista os pontos destacados no despacho da diligência, relativamente aos problemas estruturais dos demonstrativos quanto à forma e ao conteúdo, deveriam ser refeitos os demonstrativos fiscais atinentes ao item 1º e ao item 6º, levando em conta os aspectos assinalados;

- b) tendo em vista que não foram entregues ao contribuinte cópias de demonstrativos fiscais, como manda o art. 46 do RPAF, deveria o órgão preparador entregar ao contribuinte cópias daqueles instrumentos;
- c) tendo em vista que, embora tivessem sido anexados aos autos, também não foram entregues ao contribuinte os Relatórios de Informações TEF Diários, ou seja, os extratos analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, por instituição financeira, operação por operação, para que o autuado fizesse o cotejamento com os seus boletos, não tendo também sido entregues cópias dos extratos do Simples Nacional, foi solicitado que o órgão preparador entregasse ao contribuinte cópias dos referidos Relatórios e extratos. Na mesma diligência, foi declinada a finalidade dos referidos Relatórios;
- d) assinalou-se que o órgão preparador entregasse ao contribuinte, mediante diligência, cópias dos instrumentos às fls. 10/245 e 266/269, bem como cópias do despacho da diligência (fls. 355/361) e dos elementos que viessem a ser acostados aos autos em virtude daquela diligência.

A autoridade responsável pelo lançamento juntou as peças às fls. 364/381 e prestou informação à fl. 382.

O órgão preparador tentou dar ciência ao contribuinte do resultado da diligência (fls. 383/395), porém as tentativas foram frustradas porque o contribuinte não foi localizado.

Consta à fl. 396 que foi publicado no Diário Oficial de 17.2.12 edital intimando o contribuinte para comparecer à Inspetoria de Santo Amaro no prazo de 30 dias “para quitar débito ou apresentar manifestação” com vistas ao processo administrativo deste Auto.

O órgão julgador, em pauta suplementar do dia 21.5.12, considerando que o edital, embora tenha intimado o contribuinte a fim de comparecer à inspetoria “para quitar o débito ou apresentar manifestação”, tal ato não levou ao conhecimento do contribuinte o teor dos novos demonstrativos e, em especial, não levou ao conhecimento do contribuinte as informações constantes nos TEFs Diários, que deveriam ter sido entregues a ele por ocasião da intimação do Auto de Infração, nos termos do art. 46 do RPAF, devolveu os autos à repartição de origem (fls. 399-400), a fim de que fossem adotadas providências visando à localização do contribuinte ou seu representante legal, no sentido de que se procedesse à sua intimação pessoal, a fim de ser feita a entrega, no ato da intimação, mediante recibo, dos seguintes elementos: a) cópia do despacho daquela diligência; b) cópia dos instrumentos às fls. 10/245 e 266/269; c) cópia das peças às fls. 355/361; d) cópia dos novos demonstrativos às fls. 364/382; e) cópia dos elementos acostados aos autos pelo autuante ou pelo órgão julgador em virtude daquela diligência.

A diligência não foi cumprida. Em informação à fl. 405, o fiscal autuante diz que se dirigiu ao endereço do contribuinte e não o localizou, e por isso reproduziu em mídias de CD cópias da diligência do órgão julgador, dos instrumentos às fls. 10/245 e 266/269 e dos elementos acostados aos autos no cumprimento da diligência, juntamente com a cientificação com a informação do prazo de 30 dias e encaminhou em correspondência via AR [aviso de recebimento] através dos Correios ao endereço comercial do contribuinte e residencial dos sócios, que também não foram localizados, tendo a correspondência sido devolvida à Infaz Santo Amaro, e por último o contribuinte foi intimado por edital publicado no DOE de 17.2.12. Aduz que diante da nova solicitação para localizar e intimar o contribuinte fez diligência ao endereço constante no “cadastro da Sefaz-ba” e mais uma vez constatou que não funciona no local, e para ilustrar essa informação fotografou o imóvel, que se encontra fechado e ostenta um painel indicando tratar-se de uma loja varejista de confecções (fls. 403-404). Fala da visita que fez pessoalmente à sócia da empresa, mas não a localizou.

O processo foi dado por instruído e posto em pauta para julgamento (fl. 406-v).

Na sessão de julgamento do dia 12.9.12, percebeu-se que a publicação da pauta havia sido feita em nome de outra empresa. A partir daí, notou-se que havia incongruências entre os dados constantes nos autos e os dados cadastrais que careciam de esclarecimentos e possíveis retificações:

- a) o Auto de Infração foi lavrado em nome de JSD COMERCIAL de ALIMENTOS SAUBARA LTDA.;
- b) no INC, o nome dessa empresa aparece como COMERCIAL DE ALIMENTOS BA LTDA.;
- c) o endereço da empresa, no Auto, é: Rua Rio do Banho, nº 69, cidade de Saubara; esse é o endereço indicado na defesa;
- d) na intimação do contribuinte acerca de uma diligência, constante à fl. 383, houve mudança no nome da empresa, e o endereço é: Rua Sérgio Cardoso, nº 15, na cidade de Conceição do Jacuípe;
- e) já na página seguinte, fl. 384, consta outra intimação, com a mesma data da intimação da página anterior (fl. 383), em que consta também o nome modificado, porém o endereço é: Rua Rio do Banho, nº 69, cidade de Saubara;
- f) esses aspectos se refletem nos ARs expedidos, conforme se vê nas folhas seguintes;
- g) a intimação foi afinal feita por edital, à fl. 396, porém o nome da empresa que aparece no edital diverge do nome que figura no Auto de Infração;
- h) o fiscal autuante esteve no local e tirou fotografias. Porém, de acordo com a foto à fl. 404, a placa afixada na casa da esquina indica “Rua Sérgio Cardoso”, e portanto se trata do estabelecimento da cidade de Conceição do Jacuípe, porém o endereço indicado no Auto é na cidade de Saubara.

Em face desses fatos, o órgão julgador decidiu remeter os autos em diligência à repartição de origem (fls. 408-409), a fim de que fossem prestados os devidos esclarecimentos relativamente à denominação da empresa, endereço, inscrição estadual e CNPJ.

Na mesma diligência, foi solicitado que fosse mais uma vez tentada a ciência do contribuinte acerca do resultado da diligência anterior (fls. 399-400), bem como desta última diligência, e que fosse feita a entrega, mediante recibo, de cópias das peças indicadas na diligência às fls. 399-400, bem como de cópia das fls. 408-409, com reabertura do prazo de defesa.

A repartição de origem informou o seguinte (fl. 412):

- a) a Ordem de Serviço nº 516880/10 foi emitida em 29.12.10 para a fiscalização do contribuinte com “razão social” JSD Comercial de Alimentos Saubara Ltda., Inscrição Estadual nº 52.676.969 e CNPJ nº 03.639.866/0001-35, com endereço na Rua Rio do Banho, 69, térreo, centro, Saubara;
- b) a referida ordem de serviço foi recepcionada e, antes da lavratura do Auto de Infração, atualizada no sistema PGF no mês de março de 2011. O Auto de Infração foi lavrado para atendimento àquela ordem de serviço, e assim os dados cadastrais do contribuinte foram mantidos;
- c) o contribuinte fez alteração de seus dados cadastrais em 30.3.11, alterando a “razão social” e o endereço, mantendo os dados de inscrição estadual e CNPJ;
- d) depois dessa alteração feita pelo contribuinte, o cadastro da SEFAZ ficou com as seguintes informações: 1) “razão social”, Comercial de Alimentos BA Ltda.; 2) endereço, Rua Sérgio Cardoso, 15, Centro, Conceição do Jacuípe.

VOTO

Os itens 1º e 6º deste Auto devem ser analisados em conjunto porque, embora na descrição do item 6º não seja dito, os valores nele lançados, tal como no item 1º, dizem respeito à falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Na fase de instrução, tendo em vista que na mesma época em que este Auto de Infração foi lavrado tinha sido lavrada mais de uma centena de outros Autos, e havia problemas na concepção, estrutura, forma e conteúdo dos levantamentos fiscais, o processo foi remetido em diligência para a adoção de uma série de providências, na busca de dotar o lançamento de condições que atendessem à legalidade e ao devido processo legal.

Na mesma diligência, foi solicitado que fossem refeitos os demonstrativos fiscais atinentes ao item 1º e ao item 6º, levando em conta os aspectos assinalados. Essa parte da diligência foi atendida, porém não foi possível dar ciência dos novos elementos ao contribuinte.

Além dos novos elementos, também não foram entregues ao contribuinte cópias de todos os elementos que instruíam o processo originariamente, em desatenção ao mandamento do art. 46 do RPAF, segundo o qual, na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, devem ser fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros.

Embora o fiscal autuante tivessem anexado aos autos os Relatórios de Informações TEF Diários, os Relatórios às fls. 11/222 não foram entregues ao contribuinte. Também não foram entregues cópias dos demonstrativos às fls. 224/234. Desse modo, o contribuinte não teria como defender-se. A finalidade do detalhamento dos aludidos relatórios é no sentido de que o contribuinte possa efetuar a conferência da natureza de cada operação no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, podendo fazer o cotejo entre o que consta nos relatórios TEF e o que foi registrado no equipamento emissor de cupons fiscais (ECF), de modo a detectar valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

Quanto aos itens 2º e 3º, embora tenha sido entregue ao contribuinte parte dos demonstrativos, conforme recibos às fls. 259, 260, 267 e 269, o demonstrativo à fl. 268 não foi entregue. Não consta que tivessem sido entregues cópias dos documentos fiscais obtidos pela fiscalização junto a terceiros, que constituem as fls. 271/344.

Esse vício implicaria cerceamento de defesa relativamente aos itens 1º e 6º.

Porém foram feitas diligências visando à entrega dos referidos elementos ao contribuinte e à reabertura do prazo de defesa, constando nos autos que houve recusa em recebê-los.

O direito de defesa é sagrado, mas constitui um ônus do contribuinte. Se o contribuinte ou seus responsáveis se recusam a receber elementos para sua defesa isso implica que ele não pretende desincumbir-se do ônus da defesa.

Com isso, fica prejudicado o pedido de dilação do prazo para juntada de provas.

Com relação aos itens 2º e 3º, o contribuinte alega que não fez as compras, aduzindo que deveria ser investigado quem foi que fez as compras e a quem foram entregues as mercadorias. Argumenta que a investigação deve recair sobre quem vendeu, talvez em conluio com supostos compradores que se fizeram passar pela empresa ora autuada. Requeru que fosse oficiada à Polícia Federal no sentido de averiguar os reais compradores, bem como ao Ministério Público Federal, por envolver crime contra a ordem pública, e que fossem intimados os vendedores das mercadorias para que comprovassem ter sido os pedidos de compra realmente efetuados pela empresa ora autuada.

Não faz sentido a alegação do autuado de que não fez as compras, pois constam nos autos “canhotos” de entrega das mercadorias (fls. 273, 276, 281, 282, 283, 284, 286, 289, 291, 296, 301, 302, 303, 307, 308, 309, 312, 315, 318 e 321), bem como autorizações de faturamento (fls. 274, 278, 282, 285, 287, 289, 291, 294, 295, 296, 299, 300, 301, 304, 306, 307, 311, 312, 414, 315, 317, 318, 320 e 321).

Quanto aos itens 4º e 5º, noto que foi aplicada uma multa de R\$ 460,00 por falta de escrituração de livros fiscais (item 4º) e outra multa também de R\$ 460,00 por falta de escrituração do livro Caixa (item 5º). Há uma contradição na descrição da infração do item 4º, pois a descrição começa dizendo que o contribuinte “Deixou de escriturar Livro(s) Fiscal(is)”, e em seguida é dito que “Não apresentou o livro Registro de Entradas”. Em face dessa contradição, considero nula a autuação do item 4º. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções. Mantenho a multa do item 5º.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **209205.0001/11-9**, lavrado contra **JSD COMERCIAL DE ALIMENTOS SAUBARA LTDA.(COMERCIAL DE ALIMENTOS BA LTDA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$60.879,70**, acrescido das multas de 75% sobre R\$ 10.427,50 e de 150% sobre R\$ 7.981,09, previstas no art. 44, I, e § 1º, da Lei federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e das multas de 50% sobre R\$ 228,21 e de 60% sobre R\$ 42.242,90, previstas no art. 42, inciso I, “b”, 1, e inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, “i”, da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 8 de janeiro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR