

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0005/17-1
RECORRENTE - MAURO FERREIRA BORGES & CIA. LTDA. - ME
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0020-06/19
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/07/2020

1ª CÂMARA DE JUL- GAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-11/20-VD

EMENTA. ICMS: DECLARAÇÃO DE VENDA COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO EM VALOR INFERIOR AO INFORMADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OU ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. Afastado pedido de nulidade. Empresa não optante do Simples Nacional. Ação fiscal de constituição do crédito tributário praticada por agente público legalmente competente para fiscalização. Presunção legal não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo, de Recurso Voluntário interposto pela autuada em função de haver a 6ª JJF julgado Procedente o Auto de Infração nº 269440.0005/17-1, lavrado em 17.02.2017, ciente em 16.03.2017, no valor original de R\$1.144.240,21, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 05.08.01

Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Analisando o Auto de Infração, a defesa apresentada em 10.05.2017, fls. 106 a 125, a Informação Fiscal, protocolada em 24.05.2017, fls. 145 a 148, a Diligência requerida pelo relator do processo em primeira instância, em 12.09.2017, fl. 155, a Manifestação da autuada, protocolada em 25.05.2017, fls. 160 a 161, a Diligência encaminhada ao autuante em 23.03.2008, fl. 180 e sua resposta em 12.04.2019, fl. 225, através o Acórdão JJF nº 0020-06/19, assim se pronunciou a 6ª JJF:

O presente Auto de Infração, foi lavrado para exigir o crédito tributário de ICMS, em vista da acusação fiscal de haver a Impugnante incorrido em omissões de saídas de mercadorias tributadas, apuradas tendo em vista haver declarado vendas, por meio de pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao declarado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Verifico dos autos, que a acusação fiscal está calcada nas informações fornecidas à SEFAZ pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito através do relatório “Transferência Eletrônica de Fundos - TEF”, as quais foram sopesadas com as declarações de vendas da empresa informadas na DECLARAÇÃO MENSAL DE APURAÇÃO - DMA, onde apurou-se que os valores declarados nessa última estavam inferiores aos da primeira fonte.

Passando a analisar as alegações defensivas, começo com a alegação de houve duplicidade de exigência fiscal, uma vez que, sobre o mesmo fato gerador (saída de mercadorias), e no mesmo período (2015/2016), o ICMS incidente sobre as operações de vendas estaria sendo exigido através do Auto de Infração em tela, e também através da Notificação Fiscal de nº 269440.0004/17-5.

Nesse aspecto, verifiquei que a Notificação Fiscal de nº 269440.0004/17-5, indicada como paradigma de seu argumento defensivo, não se refere à mesma infração que se discute nessa demanda, pois enquanto aqui estamos a discutir a infração sob o código “05.08.01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito (...)” a referida notificação fiscal tem por base a infração sob o código “02.01.02 - Operações Não Escrituradas nos Livros Fiscais”, e foi em valor muito inferior, pois na notificação o valor exigido foi R\$12.776,44. Portanto, afasto esta arguição.

Em relação à alegação de incompetência da autoridade fiscal para proceder a exigência fiscal contra empresas do regime do Simples Nacional, verifico seu descabimento, pois informa o cadastro da SEFAZ em relação à Impugnante, que esta nunca esteve enquadrada no Simples Nacional, e que apura o ICMS mensal através do regime de conta corrente fiscal, de forma que o Autuante, que se trata de um Auditor Fiscal, é plenamente competente para efetuar o lançamento do crédito tributário em tela.

Da mesma forma, não se sustenta a alegação de que não houve observância ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, pois os créditos do ICMS requerem além da comprovação documental para serem apropriados, que estejam devidamente declarados na escrituração fiscal e nos documentos de informação fiscal próprio (DMA), e afirmo que nada consta nos autos nesse sentido. Ademais, nenhuma prova documental de escrituração foi apresentada pela Impugnante mesmo após solicitação em diligência específica conforme fl. 155, não se pode aguardar ad infinitum que a empresa apresente suas provas quanto ao direito requerido.

De fato, o que verifiquei, conforme alertou o Autuante, é que na EFD não consta nenhum lançamento de saídas de mercadorias no período fiscalizado, e que a Impugnante informou em suas DMAs do período autuado 100% das saídas de mercadorias como sendo de mercadorias “isentas e não tributadas”, sem reconhecer débito algum em sua escrituração fiscal, e o Autuante considerou todas estas saídas declaradas como se de fato fossem 100% “isentas e não tributadas”, de forma que às abateu do valor mensal informado pelas empresas administradoras de cartões de crédito e débito, a partir dos dados colhidos nos relatórios de informações do TEF - Transferência Eletrônica de Fundos, apesar de ter apurado que existem diversas notas fiscais com saídas de mercadorias tributadas, essa é a verdade que se extrai do demonstrativo às folhas 05.

Portanto, não há falar em falta de reconhecimento de créditos, pois analisando o procedimento do Autuante, verifica-se que pode ter sido reconhecido muito mais crédito do que de fato a Impugnante teria direito, concludo, destarte, não verificar ofensa ao princípio da não cumulatividade. Ademais, verifica-se que o lançamento foi realizado com base na informação fiscal declarada pela empresa, onde a própria Impugnante não registra créditos fiscais ou mesmo reconhece saídas tributadas, sendo assim, considerando que o Autuante concentrou a presente exação apenas sobre os valores excedentes ao declarado pela contribuinte, reputo que não há falar em reconhecimento dos referidos créditos, e caso haja deve ser objeto de processo específico, inclusive com base na iniciativa de correção da escrituração fiscal da Impugnante conforme art. 315 do RICMS/2012.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevida decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis. § 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.

Averíguo também, descaber razão à Impugnante, quando aduz não ter ocorrido observância da determinação contida na IN nº56/07, pois, pelos mesmos motivos expostos acima, visto ter o autuante adotando o procedimento de considerar toda a saída já declarada pela Impugnante para efeito de seus cálculos, como sendo de mercadorias “isentas e não tributadas”, deu ao levantamento fiscal o tratamento de justiça fiscal que prescreve a IN n.º 56/07.

Ademais, a Autuada tendo chance de apresentar os documentos que comprovassem sua pretensão, ao atender diligência específica nesse sentido, nada apresentou de concreto que pudesse alicerçar sua alegação. Concludo, por conseguinte, pela insubsistência, também, desta alegação defensiva.

Desarte, em vista das motivações expostas, voto pelo não acolhimento do pedido de NULIDADE do auto de infração, e considerando que as alegações defensivas quanto ao mérito são desdobramentos das alegações pelo pedido de nulidade, nada tendo acrescentado de material que pudesse lhe socorrer, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL, deste auto de infração, ao tempo que represento no sentido de que seja verificado em nova ação fiscal possível diferença de crédito fiscal em favor do erário público, tendo em vista o procedimento da Impugnante em considerar toda a sua saída como sendo mercadorias ISENTAS e NÃO TRIBUTADAS, como também que seja avaliada a aplicação de multa pela escrituração incorreta da EFD.

Ciente da decisão proferida pela Junta Julgadora, inconformada, e dentro do prazo regulamentar,

a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 01.08.2019, fls. 249 a 259, buscando reformar a mesma com base nos argumentos que ora analiso.

Após afirmar estar o seu Recurso embasado no que dispõe o RPAF/BAHIA, requer que toda a correspondência relativa ao presente processo seja encaminhada ao patrono no endereço constante nas informações acostadas ao processo, sob pena de nulidade.

Tratando de **DAS RAZÕES DA RECORRENTE**, afirma que a sua insurgência contra o determinado na decisão de piso é em função de:

1ª) A ação fiscal exige o mesmo crédito tributário da Notificação Fiscal nº 2694400004/17-5 porque as infrações tem a mesma origem, ou seja, decorrem da mesma receita supostamente omitida. Vale dizer, a infração 01 - 05.08.01, tem como fato gerador a omissão de saída de mercadorias tributadas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeira e administrativa de cartão de crédito em comparação com as DMAs escrituradas e enviadas para SEFAZ- BA pelo contribuinte. Enquanto a infração 01-02.01.02, referente a Notificação Fiscal nº 269440.0004/17-5, lavrado também contra a própria empresa, tem como fato gerador do ICMS as operações com mercadorias em que o contribuinte, apesar de emitir a Nota Fiscal eletrônica, não escriturou as mesmas na EFD.

2ª) Constam do acórdão em apreço as seguintes assertivas exaradas pelos eméritos julgadores:

“(…) De fato, o que verifiquei, conforme alertou o Autuante, é que na EFD não consta nenhum lançamento de saídas de mercadorias no período fiscalizado, e que a Impugnante informou em suas DMAs do período autuado 100% das saídas de mercadorias como sendo de mercadorias “isentas e não tributadas”.

*“(…) voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL, deste auto de infração, ao tempo que represento no sentido de que seja verificado em nova ação fiscal possível diferença de crédito fiscal em favor do erário público, tendo em vista o procedimento da Impugnante em considerar toda a sua saída como sendo mercadorias ISENTAS e NÃO TRIBUTADAS, como também que seja avaliada a aplicação de multa pela **escrituração incorreta da EFD**.(…)”*
(grifos nossos)

Afirma ainda que a base para o levantamento fiscal foi a EFD e que, “*caso houvesse a regular intimação para correção das inconsistências da EFD (247, § 4º do RICMS/12), como impõe a lei, não haveria que se falar em exigência fiscal para cobrança de ICMS nas operações de saídas de mercadorias.*”

Mais, ainda: “*Deste modo, insurge-se a Recorrente contra a decisão de piso e lançamento realizado pelo ilustre preposto fiscal, pois contraria o art. 247, §4º do RICMS/BA e o PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL, diante da ocorrência de BIS IN IDEM, razão pela qual esta Emérita Câmara de Julgamento Fiscal se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor*”:

Pleiteando a nulidade da autuação, por infringência ao quanto disposto no artigo 274, § 4º do RICMS, discorre sobre o venha a ser a EFD, comentando a respeito dos módulos que a compõe, reconhecendo haver enviado seus arquivos com inconsistências quando comparados com os livros fiscais manuscritos que detém.

Afirma que, em ocorrendo inconsistência nos arquivos enviados, com base no que dispõe o artigo 274 do RICMS “*o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências*”.

Diante do que acima consta no RICMS aduz que constatando inconsistências nos arquivos transmitidos ao ambiente da SEFAZ, deveria o preposto fiscal informar ao contribuinte quais seriam e conceder-lhe o prazo de 30 dias para efetuar as correções devidas.

Como suporte ao que acima afirma, transcreve trecho do voto emitido pelo ilustre relator Valtécio Serpa Junior, nos autos do PAF nº 018184.3012/16-4, Acórdão JJF nº 0008-05/17, como abaixo:

“(…) Ou seja: tendo sido constatada a falta de apresentação ou inconsistência na EFD do sujeito passivo, deveria a autuante intimá-lo para apresentar a escrituração devidamente correta, e aí não caberia ao contribuinte a possibilidade de realizar qualquer recolhimento complementar relativo ao período, vez que submetido a ação fiscal, e com a espontaneidade tolhida pela intimação para fiscalização”.

Destaca que, não ensejando a aplicação do disposto no artigo 247, § 4º do RICMS/12, estar-se-ia diante da aplicação do artigo 251 do RICMS/12, em seu § 2º, que determina:

“Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco”.

Declara que, da leitura dos dispositivos apontados *“resta evidente que o espírito da legislação está intimamente ligado à regularização dos dados lançados via EFD por eventuais equívocos/inconsistências/erros, sem que haja, para o Contribuinte, possibilidade de complementação do recolhimento já realizado, quando sob ação fiscal”.*

Volta a afirmar que, caso fosse atendido ao disposto no artigo 247 § 4º do RICMS/12, e sendo verificada sua escrituração fiscal, que, muito embora, não oficial, relata com fidelidade a sua movimentação e, como consequência, a autuação não teria ocorrido, por estar em consonância com a escrituração contábil e refletir os valores dos impostos recolhidos.

Reforçando sua preliminar de nulidade da autuação, transcreve julgados deste Conselho, como abaixo:

JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0250-04/14 EMENTA: ICMS. 1. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. a) FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. Restou comprovada nos autos a entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital, apesar de a EFD apresentada não conter as informações exigidas. A legislação tributária vigente à época dos fatos não previa multa para a entrega dos arquivos eletrônicos da EFD sem as informações exigidas. Infração improcedente.

ACÓRDÃO CJF Nº 0146-12/17 EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. INCONGRUÊNCIA ENTRE OS FATOS E A DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES. FALTA DE ELEMENTO ESSENCIAL À VALIDADE DO LANÇAMENTO. A autuação contém vícios que afetam a sua validade, haja vista que o que se constatou, em verdade, foi a falta de transmissão, pela Internet, dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas pelo sistema de Escrituração Fiscal Digital (EFD) e não a falta de registro de notas fiscais de entradas ou de notas fiscais de saídas ou, ainda, de falta de escrituração de livros fiscais, como indicado no Auto de Infração. Nessa hipótese, os prepostos fiscais deveriam, nos termos do § 4º do artigo 247 do RICMS/12, ter expedido uma intimação ao contribuinte, o que não foi feito, concedendo-lhe o prazo de 30 dias “para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências”, uma vez que o dispositivo regulamentar foi acrescentado ao RICMS/12 no dia 27/11/15, portanto, antes da lavratura do presente Auto de Infração (10/12/15). Ademais, não há como afirmar que o autuado não efetuou o registro das notas fiscais, uma vez que o autuante não dispunha da escrita fiscal. O lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações, o que as inquina de nulidade. Infrações nulas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0324-01/13. EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. O procedimento fiscal foi efetuado em desacordo com as determinações legais, haja vista que o arquivo magnético fornecido pelo contribuinte deve ser submetido ao crivo de um programa denominado Validador/Sintegra, a fim de se verificar a consistência dos dados informados, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o Fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-lhe, no ato da intimação, uma Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. É, portanto, nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração nula. (...) Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. ACÓRDÃO JJF Nº 0090-04/17. EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA ESCRITA FISCAL DIGITAL. ENTREGA DA EFD ZERADA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Comprovado que as EFD foram entregues “zeradas” como se não tivessem ocorrido operações naqueles meses. Reconhecimento pelo autuado de que apesar da existência de operações de entradas e de saídas de mercadorias, estas não foram registradas nas EFD encaminhadas à SEFAZ. Cabível, neste caso, a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso “L” da Lei nº 7.014/96, equivalente a R\$1.380,00 por cada mês, em face da entrega dos arquivos com inconsistência, isto é, sem as informações exigidas pela legislação, o que equivale a não entrega, cabendo à fiscalização, neste caso, intimar o contribuinte para efetuar a entrega das EFD, informadas corretamente, no prazo de 30 (trinta) dias. Adequada a multa proposta pelo autuante. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Reitera que o ato de lançamento fiscal é um ato vinculado e que o preposto fiscal está diretamente obrigado a efetuar-lo de acordo com o que determina a legislação, o que não ocorreu, ao não lhe ser dado o prazo regulamentar de 30 dias para correção das inconsistências encontradas, o que torna nula a autuação.

Reforça sua tese de nulidade invocando o disposto no artigo 18, inciso II do RPAF, em vista de a ação do preposto fiscal estar eivada de vício insanável, não se tratando de falha eventual, o que compromete a eficácia do lançamento.

Complementa sua apreciação afirmando: *“Ipso facto, a autuada argui como PREJUDICIAIS DE VALIDADE e EFICÁCIA da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado; requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (Art. 5º, LV, CF/88), que as prejudiciais sejam apreciadas e decididas, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT SP, 1990 ff. 78/79). Entretanto, se assim não entender esse egrégio órgão julgador, o que admito por admitir, no MÉRITO julgue improcedente a infração em comento, consoante as razões que a seguir passo a expor, senão vejamos”*:

E, adentra ao mérito da lide, destacando inicialmente:

DO MÉRITO. DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. RECOLHIMENTO EFETIVO DOS IMPOSTOS EXIGIDOS. COMPROVAÇÃO CABAL ATRAVÉS DE LIVROS PRÓPRIOS.

Reafirma que a não concessão do prazo regulamentar para regularização da escrituração fiscal digital (EFD), sabidamente inconsistente pelo preposto autuante, que ensejou a autuação, torna nulo o lançamento ou, no mínimo improcedente, visto que, retificando a mesma, constatado seria que, em momento algum ocorreu omissão de recolhimento de tributos.

Atesta, como dito na decisão de piso, que enquanto estivesse sob ação fiscal, não lhe seria facultado o recolhimento de qualquer parcela a título de complementação de recolhimento.

Apresenta o disposto no artigo 251 do RICMS como abaixo:

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco. (grifado)

Declara que, a prosperar a presente autuação, considerando que recolheu corretamente os tributos ora exigidos, estar-se-á diante do *bis in idem*, determinando enriquecimento ilícito do Estado.

Informa que à autoridade administrativa cabe exercer suas funções e exercer os atos próprios, estritamente dentro do que determina a legislação, não tendo nenhuma faculdade ou direito subjetivo de agir, devendo sua ação ser impulsionada pelo dever de ofício, devendo apurar os tributos conforme os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, independente de qualquer interesse no resultado final, atendendo ao princípio de legalidade objetiva e da imparcialidade na obtenção da verdade dos fatos.

Apresenta duas decisões deste CONSEF onde a prevalência da verdade material suplanta as informações prestadas pelos autuantes.

Encerrado sua peça recursiva, a Recorrente, apresenta DO PEDIDO:

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada REQUER, que o CONSEF/BA decrete a NULIDADE TOTAL do referido Auto de Infração e, se assim não entender, por precaução, subsidiariamente, que decida pela sua TOTAL IMPROCEDÊNCIA, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

Ademais, requer, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade, tudo por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

Protocolado em 13.03.2020, a Recorrente, apresentou Recurso Voluntário Complementar, onde, inicialmente, requer que todas as intimações alusivas ao presente processo sejam encaminhadas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira – OAB/BA 44.771, no endereço constante no rodapé da petição.

Diz a Recorrente estar atendendo à Diligência requerida pela Junta Julgadora, abaixo transcrita:

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

DILIGÊNCIA AO AUTUANTE

Considerando a necessidade de que o presente processo administrativo esteja livre de qualquer falha, os membros desta 3ª JJF, em pauta suplementar do dia 23 de março de 2018, objetivando sanear-lo para que esteja apto ao julgamento, decidiram pela remessa do presente PAF para que o Auditor Fiscal Autuante atenda ao item “c” da diligência constante das fls.155 dos autos.

Ao final, caso seja produzido novos elementos, cientificar a autuada sobre o resultado da diligência e reabrir o prazo de 10 dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de março de 2018

Apresentando o que denomina **DAS RAZÕES DA RECORRENTE**, assim se manifesta a Recorrente:

A Recorrente vem atender a diligência referida pela 6ª JJF que oportunizou à autuada apresentar as notas fiscais de isenção e substituição tributária, constantes do demonstrativo em anexo (Doc.02).

Como se pode verificar no “Demonstrativo de Débito” elaborado pelo eminente autuante em anexo (Doc.3) e nas DMA’S (Doc.4) apresentadas pela autuada, não foram consideradas nas diferenças mensais de receita omitida as notas fiscais de mercadorias isenta e com ICMS substituído.

Neste sentido a autuada REQUER, que esta Emérita Câmara de Julgamento Fiscal deduza da receita apurada pelo confronto do Relatório TEF e as DMA’S o total das receitas de vendas de mercadorias isentas e com ICMS retido anteriormente, tudo por ser de direito e da LIDIMA JUSTIÇA.

Ademais, requer, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado JUVENAL SÉRGIO OLIVEIRA – OAB/BA 44.771, e endereçadas a este no endereço constante de rodapé da presente petição, sob pena de nulidade, tudo por ser de direito e da mais LIDIMA JUSTIÇA.

Anexa ao Recurso Voluntário Complementar:

DOC. 01

- Pauta do PAF

DOC. 02

- Capa com relação de 16 Notas Fiscais referente a Novembro de 2015;
- Capa com relação de 34 Notas Fiscais referente a Dezembro de 2015;
- Capa com relação de 36 Notas Fiscais referente a Janeiro de 2016;
- Capa com relação de 24 Notas Fiscais referente a Fevereiro de 2013/6;
- Capa com relação de 21 Notas Fiscais referente a Março de 2016;
- Capa com relação de 26 Notas Fiscais referente a Abril de 2016;
- Capa com relação de 15 Notas Fiscais referente a Maio de 2016;
- Capa com relação de 32 Notas Fiscais referente a Junho de 2016;
- Capa com relação de 24 Notas Fiscais referente a Julho de 2016;
- Capa com relação de 16 Notas Fiscais referente a Agosto de 2016;
- Capa com relação de 34 Notas Fiscais referente a Setembro de 2016;
- Capa com relação de 41 Notas Fiscais referente a Outubro de 2016;
- Capa com relação de 48 Notas Fiscais referente a Novembro de 2016.

DOC. 03

- Demonstrativo de Débito emitido pelo preposto autuante.

DOC. 04

- DMA’S Mensais do período de Novembro de 2015 a Novembro de 2016.

VOTO

O processo em lide, diz respeito à cobrança do ICMS sobre valores de saídas de mercadorias declarados a menor pela Recorrente, apurados através do confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartões crédito e débito, e os constantes nas informações prestadas na EFD.

De início, analiso a preliminar de nulidade apresentada pela Recorrente.

A nulidade das autuações fiscais está definida no RPAF/BAHIA, no seu artigo 18, que assim determina:

Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - o lançamento de ofício:*

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) em que se configure ilegitimidade passiva.*

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

§ 3º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou conseqüentes.

Em se tratando de cobrança pelo fato de as receitas oriundas das vendas efetuadas e recebidas através de cartões de crédito e débito, o que vemos é a Recorrente, em momento algum, nem mesmo diante da diligência requerida pela Junta Julgadora, apresentar qualquer comprovação que contradiga o que foi afirmado pelo preposto autuante, quando teve, em todo o processo, oportunidade de comprovar irregularidade da cobrança, exercendo o seu direito de defesa e o contraditório de maneira ampla.

O processo está revestido de todas as formalidades legais, atende ao que determina o RPAF/BAHIA, a Recorrente teve ciência de todos os demonstrativos que foram apresentados pelo autuante, não podendo, desta forma, alegar cerceamento de defesa.

A afirmativa da Recorrente que ocorreria *bis in idem* devido ao duplo enquadramento das mesmas operações, não procede, como afirmado e comprovado, a Notificação nº 269440.0004/17-5, diz respeito à **Infração 02.01.02**, enquanto a Notificação que gerou o presente processo diz respeito à **Infração 05.08.01**, não ocorrendo qualquer similitude entre os processos, pois os fatos geradores são totalmente diferenciados.

Além do mais, em momento algum ocorreu qualquer infringência ao quanto disposto no artigo 18 do RPAF.

A alegação de não lhe ter sido facultado o prazo de 30 dias para correção dos arquivos relativos ao SPED, pelo que restou configurado no decorrer do processo, não lhe traz qualquer guarida, pois, pelo que consta, até mesmo o atendimento à diligência a Recorrente não atendeu, havendo, tão somente, após o processo ser pautado para julgamento, encaminhado relações de notas fiscais que pede sejam consideradas como redutoras da autuação.

Saliente-se que os fatos geradores da presente autuação foram relativos ao período de Novembro de 2015 a Novembro de 2016, a autuação foi efetuada em 17.02.2017, tendo a Recorrente tomado conhecimento da mesma em 16.03.17, portanto, já com dois exercícios fiscais e contábeis já encerrados.

As DMA'S apresentadas pela Recorrente sequer foram retificadas para comprovar a segregação das operações tributadas, isentas e outras, assim como os arquivos do SPED, o que poderia ser efetuado após a lavratura do Auto de Infração, e apensadas ao processo em sede de defesa ou de Recurso Voluntário.

Em momento algum a Recorrente apresenta qualquer comprovação das receitas apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, limitando-se unicamente a alegar nulidade da autuação, por não lhe ser informado pelo autuante quais inconsistências existiriam em seus arquivos magnéticos, o que a ela mesma competiria detectar.

É dever do contribuinte apresentar os arquivos magnéticos, atendendo às normas legais estatuídas e com integridade fazer a análise comparativa dos mesmos de forma a que as informações não sejam conflitantes.

A Recorrente não apresenta meios que se possa atender ao requerido, de aplicação do que dispõe a Instrução Normativa nº 56/2007, pois o simples encaminhamento de relações das notas fiscais passíveis de uso para o cálculo da proporcionalidade nela prevista, resta prejudicada, em face de sua escrituração digital (SPED), bem como suas DMA'S, não fornecerem elementos que possam servir de base para tanto.

O que se vê, no caso, é a Recorrente apresentar a sua EFD ZERADA e os arquivos das DMA'S apresentando suas operações em sua totalidade como Isentas ou não Tributadas, o que, ela mesma confessa, não corresponde à realidade dos fatos, sendo que não se pode acatar a alegação que no período ocorria dificuldades para o cumprimento destas obrigações, já definidas deste o exercício de 2013.

Em vista de não haver a Recorrente, em momento algum, apresentado comprovações que venham a elidir a autuação, estar a sua escrituração fiscal sem condições de segregar as operações tributadas, isentas e outras, acato a representação da Junta Julgadora, no sentido de que se encaminhe à autoridade competente, em face da projeção decadencial, orientação de reabertura do processo fiscalizatório para apuração de possíveis omissões de recolhimento de tributos ao erário público, rejeito a preliminar de nulidade, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em apreço.

Após verificar a resolução, pontuei erro material referente à aplicação da multa, sendo que, de ofício, corrijo a mesma, pois a indicação é de 100% e não 60%, conforme o inciso. A correção referente ao erro material está prevista no Art. 164, § 3º do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269440.0005/17-1**, lavrado contra **MAURO FERREIRA BORGES & CIA. LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.144.240,21**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS