

A. I. Nº - 217365.0016/17-6
AUTUADO - SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI - EPP
AUTUANTE - CARLOS FERNANDO DE ASSIS MEIRELES
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-04/20-VD

EMENTA: ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. a) RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DA ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. b) OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO POR MEIO DE LEVANTAMENTO COM VENDAS POR MEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO/OU DE DÉBITO. Procedida pelo autuante, em atendimento à diligência, revisão nos cálculos dos valores exigidos. Redução das parcelas autuadas. Não acolhidas às preliminares de nulidade e de decadência parcial do lançamento. Infrações parcialmente subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, imputou ao autuado o cometimento de duas infrações com repercussão no ICMS, fato este que, como consequência, foi reclamado crédito tributário no montante de R\$58.431,65, mais multa de 75%, em face das seguintes acusações:

1 - *“Efetuiu recolhimento a menor de ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada à menor.*

Contribuinte deixou de pagar ou pagou a menor o ICMS - Simples Nacional, em virtude de ter incorrido em erro na determinação da Base de Cálculo e das Alíquotas aplicáveis, conforme consignado na coluna “O” do demonstrativo B”. Valor lançado R\$22.081,96 mais multa de 75% com previsão no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

2 - *“Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo.*

Contribuinte omitiu receitas em operações tributadas pelo ICMS, evidenciada pela constatação de valores recebidos por meio de cartão de crédito/Débito, sem a emissão dos correspondentes documentos fiscais. Tudo conforme consignado na coluna “M” do relatório DEMONSTRATIVO A, em anexo”. Valor lançado R\$36.349,69 mais multa de 75% com previsão nos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

O autuado, por intermédio de seu patrono, ingressou com Impugnação ao Lançamento, fls. 22 a 27, onde inicialmente requereu que, doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado, na presente demanda administrativa.

Em seguida passou a arguir, a título de primeira nulidade da autuação, que a mesma foi levada a efeito por “autoridade incompetente”, na medida em que o lançamento de ofício é ato privativo dos auditores fiscais. Citou jurisprudência deste CONSEF e pontuou que a matéria foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda pendente de julgamento.

A título de segunda preliminar de nulidade, mencionou ausência do Termo de Início de Fiscalização. Citou jurisprudência deste CONSEF a este respeito, e acrescentou que como é desconhecido, até mesmo o termo de intimação para apresentação de livros e documentos, o que serviria para substituir o termo de início, ponderando que, por cautela e observada à validade prevista no art. 28, § (?) do RPAF, pugnou pela declaração de nulidade da ação fiscal e do Auto de Infração.

Como terceira preliminar de nulidade, alegou ofensa ao art. 40 do RPAF/BA, que dispõe que o autuante poderá lavrar mais de um auto de infração relativamente ao mesmo período autuado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão. Neste sentido pontuou que a ação fiscal em tela está lastreada em uma única Ordem de Serviço, de nº 502304/17, enquanto que na mesma data foram lavrados três autos de infração distintos, se reportando aos exercícios de 2013 a 2016, tratando de assuntos diferentes.

Com isso asseverou que o procedimento, ao contrário do preconizado pelo referido art. 40, não atende ao requisito de facilitação do exercício da ampla defesa e do deslinde da questão, ao contrário, provoca dificuldades ao partilhar temas análogos que deveriam ser avaliados e julgados conjuntamente.

A título de quarta preliminar de nulidade, citou a ausência de demonstração analítica dos valores apurados, uma vez que constam apenas no Auto de Infração os demonstrativos “A” e “B”, nada mais tendo sido entregue pelo autuante.

Alegou, ainda, que desconhece a origem das receitas que não teriam sido declaradas e que constam dos aludidos demonstrativos, razão pela qual não pode exercer livremente o direito à defesa, acrescentando que tais valores, pelo que se concluiu dos demonstrativos sintéticos, foram utilizados para suportar as duas infrações, provocando *bis in idem*.

Quanto ao mérito, alegou que se encontra impedido de se defender, diante da existência dos vícios apontados, entretanto disse que, por cautela, impugna os valores apresentados na autuação, observando que se por acaso forem apresentados os devidos esclarecimentos pelo autuante, se reserva ao direito de nova defesa, solicitando, de logo, devolução do correspondente interstício.

Observou, ainda, que foi verificado que em vários meses o cálculo da proporcionalidade foi desprezado, ficando em 100% de produtos tributados, restando evidenciado erro nos demonstrativos, levando em consideração sua atividade do ramo de materiais de construção.

Em conclusão protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, e que seja ouvida a PGE/PROFIS sobre a matéria essencialmente de direito, bem como revisão no feito para que seja alcançada a verdade material.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 71 a 74, onde em relação a primeira arguição de nulidade trazida pelo autuado, alegando incompetência da sua parte para efetuar o lançamento tributário, considera descabido tal argumento visto que se trata de uma questão já pacificada no âmbito do CONSEF em virtude da competência para tal fim ter sido atribuída através da Lei nº 11.470 de 08/04/2009 em seu Art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º. Quanto a ADIn nº 4233, citada pelo autuado, mencionou que a mesma ainda não foi julgada pelo STF.

Quanto ao argumento de ausência de Termo de Início de Fiscalização disse que o Art. 26, inciso III do RPAF/BA, estabelece que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação ao contribuinte, por escrito, para prestar esclarecimento ou elementos solicitados pela fiscalização, intimação esta que se encontra presente à fl. 09 do PAF, inexistindo afronta ao devido processo legal.

No tocante ao argumento de que houve afronta ao art. 40 do RPAF/BA, ponderou que não há necessidade de se emitir uma ordem de serviço para cada auto de infração que for lavrado e que existe a possibilidade de se emitir mais de um auto de infração em relação ao mesmo

procedimento fiscal, vez que o SLCT – Sistema de Lançamento do Crédito Tributário automaticamente divide mais de um auto de infração, sempre que o valor reclamado for superior a R\$500.000,00, ou quando o valor reclamado for inferior ao previsto para lavratura de auto de infração, oportunidade em que converte o lançamento automaticamente para Notificação Fiscal.

Citou que no caso em particular o Auto de Infração foi lavrado por recolhimento a menos de ICMS e por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, enquanto que os outros autos lavrados se referem a infrações diversas, porém, todos amparados pela O. S. 502.304/17.

Quanto à questão de ausência de demonstrativos analíticos dos valores apurados, citou que estes constam na mídia gravada à fl. 15, que compõe o processo juntamente com o recibo de fls. 16 e 17. Disse, também, que a referida mídia contém as informações oriundas das administradoras de cartões de crédito do período autuado, onde se pode identificar os valores auferidos pelo autuado, consoante indicado no demonstrativo da omissão de receita, coluna “E”, integrante do arquivo “TEF_DEM_Or.pdf”, fl. 15, os quais, quando comparados com os documentos fiscais emitidos, consoante se verifica na coluna “J”, se revela a omissão de saída.

Acrescentou que os cálculos também estão claramente identificados nos Demonstrativos “A” e “B”, fls. 11 e 14, destacando que o valor constante nos demonstrativos é o do movimento mensal das vendas efetuadas com cartões de crédito e de débito, valores estes que foram informados à SEFAZ, não havendo porque se alegar falta de demonstrativos e de cerceamento ao direito de defesa.

Concluiu mantendo o lançamento em sua integralidade.

Em 23/02/2018, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem, conforme fls. 76 e 77, no sentido de que o autuante adotasse as seguintes providências: 1) entregar, ao autuado, cópia das TEFs diárias que subsidiaram a autuação (podendo ser em mídia eletrônica) e, 2) fossem refeitos os levantamentos fiscais levando em consideração a proporcionalidade em relação às mercadorias tributadas e aquelas enquadradas no regime de substituição/antecipação tributária e isentas, conforme explicado no corpo da solicitação de diligência. Foi recomendado a reabertura do prazo para defesa.

Em atendimento, o autuante se pronunciou à fl. 80, informando que providenciou gravar em mídia arquivos magnéticos para serem entregues ao autuado, sendo que, por ocasião da revisão que realizou, constatou divergências na apuração que confirmam a necessidade de encaminhamento ao autuado, ao qual será reaberto o prazo para defesa.

Constam às fls. 82 a 96 novos demonstrativos de cálculos elaborados pelo autuante.

Intimado a se manifestar a respeito do resultado da diligência efetuada pelo autuante, fl.100, o autuado se pronunciou às fls. 102 e 103, onde ratificou o inteiro teor da defesa anteriormente apresentada, destacando que ficou comprovado que não havia recebido os TEFs diários, o que lhe impossibilitou de exercer seu direito de defesa. Acrescentou que, como consequência, a intimação realizada em 04/11/17 não pode ser considerada válida e, por via conexa, a intimação válida foi realizada em 21/11/19, decorridos mais de 05 anos dos fatos narrados na infração 01, até outubro de 2014, pelo que deve ser aplicada a decadência.

Ponderou, ainda, que, além disso, também em relação a infração 01, o demonstrativo de fl. 94 aponta valores recolhidos a mais, em vários meses, os quais deveriam ser transferidos para os períodos seguintes, para fim de dedução e que pelos totalizadores, nesta infração o débito seria de, no máximo, R\$1.973,84.

No que tange a infração 02 disse que o demonstrativo de fl. 93 aponta débitos em valores superiores aos lançados no Auto de Infração, nos meses de maio a outubro de 2013, março a maio de 2014 e setembro de 2015, devendo prevalecer somente às importâncias lançadas originalmente, em obediência à Súmula 11 do CONSEF.

Concluiu renovando os pleitos de nulidade e de improcedência do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou às fls. 107 a 110, declarando inicialmente que instado a apensar ao presente PAF os arquivos dos TEFs Diários e a refazer os levantamentos fiscais considerando a proporcionalidade em relação às mercadorias tributadas e aquelas enquadradas no regime de substituição tributária/antecipação tributária e isentas, atendeu ao solicitado e procedeu a revisão do lançamento que evidenciou incorreção de valores apurados.

Destacou que como a revisão foi processada através do aplicativo PRODIFE, desta feita considerando a proporcionalidade correta, demonstrativos fls. 89 a 91, apurou valores devidos a menor, apresentando os valores que considera corrigidos para ambas as infrações, consoante se verifica às fls. 108 e 109.

Quanto ao argumento defensivo de que o demonstrativo constante à fl. 94 indica valores recolhidos a mais, assevera que o que se observa é que apenas no mês de maio/13 ocorreu uma divergência entre o valor declarado no PGDAS e o devido, importando em uma diferença de apenas R\$245,60.

Concluiu pontuando que após processar a revisão no lançamento, conforme solicitado pelo CONSEF, restou valores devidos à Fazenda Estadual, e requereu a improcedência das peças defensivas e a consequente procedência do Auto de Infração.

VOTO

Através do presente Auto de Infração foram imputadas ao autuado duas acusações, as quais totalizam a importância de R\$58.431,65, e referem-se a *“recolhimento a menor de ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada à menor”*, enquanto que na segunda consta que ocorreu *“omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões”*.

Em sua peça defensiva inicial, cujo inteiro teor foi ratificado pelo autuado quando da sua manifestação de fl. 102, foram suscitadas nulidades da autuação, as quais passo a enfrentar.

A primeira delas cita que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade incompetente, visto que o lançamento de ofício é ato privativo dos auditores fiscais.

Não acolho este argumento, na medida em que, pelo fato do estabelecimento do autuado ser cadastrado como empresa de pequeno porte, na condição de optante do Simples Nacional, a Lei Estadual nº 11.470/09, em seu Art. 1º, § 3º, atribuiu competência aos Agentes de Tributos para constituição de créditos tributários em relação aos estabelecimentos inscritos na condição posta. Portanto, afasto a nulidade suscitada.

A título de segunda preliminar, foi pedida a nulidade da ação fiscal e do Auto de Infração, por ausência de Termo de Início de Fiscalização.

Também não pode ser acolhido este argumento, visto que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece de forma clara em seu Art. 26, inciso III, que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da expedição de intimação por escrito ao contribuinte, para efeito de exibição de livros e documentos fiscais. E esta condição foi plenamente satisfeita, consoante docs. às fls. 09 e 10, referentes à intimação para apresentação de livros e documentos e Termo de Arrecadação de Livros e Documentos, ambos assinados por preposto do autuado. Afastada, pois, esta arguição de nulidade.

Como terceira preliminar de nulidade, o autuado arguiu que a ação fiscal está lastreada em uma única Ordem de Serviço, sendo lavrados com base nesta, três autos de infração distintos para o mesmo período fiscalizado, havendo, com isso, ofensa ao disposto pelo Art. 40 do RPAF/BA.

Não vejo também como dar guarida ao argumento defensivo. Isto porque o próprio artigo mencionado autoriza a lavratura de mais de um auto de infração relativo ao mesmo período autuado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão.

O autuado não trouxe aos autos qualquer comprovação de que a lavratura de três autos de infração tenha lhe causado dificuldade ao pleno exercício da ampla defesa. Aliás, quando em um mesmo procedimento fiscal se apura infrações que superem o valor de R\$500.000,00, o próprio Sistema de Lançamento de Crédito Tributário – SLCT, de forma automática, efetua a divisão do auto de infração, que foi o ocorrido no presente caso, consoante se verifica nas cópias dos autos de infração trazidos pelo autuado, fls. 34 e 37.

Considerando que não há na legislação obrigatoriedade de emissão de ordem de serviço específica para cada auto de infração emitido, e sim para execução de procedimento fiscal em determinado estabelecimento para um período estabelecido, também não acolho este argumento defensivo.

A título de quarto argumento de nulidade do Auto de Infração, foi alegado ausência de demonstrativos analíticos dos valores apurados, razão pela qual desconhece a origem das receitas, não podendo, desta maneira, exercer livremente o direito de defesa.

Esta é uma questão que, no caso presente, não conduz o lançamento à nulidade, pois, por se tratar de um vício plenamente sanável, a então relatora do presente PAF propôs sua conversão em diligência, por considerar que na mídia eletrônica entregue ao autuado faltavam os arquivos dos TEFs diários, pois foram entregues apenas os TEFs mensais, assim como, a existência de equívocos no cálculo da proporcionalidade entre as operações tributáveis, isentas e aquelas com o imposto pago por antecipação tributária, fato este que efetivamente motivou a conversão do feito em diligência para que fossem corrigidos tais equívocos, com reabertura do prazo de defesa, o que foi atendido.

Isto posto, e considerando que o autuante efetuou a entrega ao autuado dos documentos que inicialmente não lhe haviam sido disponibilizados, com concessão de reabertura de prazo para defesa, o que foi feito pelo autuado através da manifestação de fls. 102 e 103, afasto, portanto, este pedido de nulidade.

Naquilo que concerne ao pedido do autuado para que *“seja ouvida a PGE/PROFIS sobre a matéria essencialmente de direito”*, observo ser desnecessário tal procedimento, além de não existir previsão expressa pelo RPAF/BA, no sentido de que haja pronunciamento desse órgão jurídico em sede de julgamento em primeira instância.

Na Manifestação apresentada pelo autuado, foi requerido como preliminar de mérito, a decadência dos valores lançados na infração 01 até o mês de outubro/2014, visto que a intimação inicial, datada de 04/07/17, não pode ser considerada válida, sendo válida a que foi realizada em 21/11/19, o que ocasionou a decadência para os fatos constantes do período acima referido.

A este respeito, vejo que não pode ser acolhido tal argumento, na medida em que a intimação ocorrida em 04/07/17 se relaciona ao lançamento original, do qual o autuado se defendeu e motivou a conversão do PAF em diligência, possibilitando, ao mesmo, nova intervenção nos autos. Note-se que, quando da Manifestação apresentada pelo autuado, fl. 102, este ratificou o inteiro teor da defesa apresentada anteriormente, portanto, não há que se falar em nova contagem para efeito de prazo decadencial. Não acolho, pois, a arguição de decadência.

Em relação ao mérito, no que diz respeito à infração 01, o autuado apenas questionou que o demonstrativo de fl. 94 aponta valores recolhidos a maior, em vários meses, os quais, ao seu entender, deveriam ser transferidos para os períodos seguintes, para fins de dedução, reconhecendo que nesta infração, o débito seria no máximo no valor de R\$1.973,84.

A este respeito, vejo que na realidade o autuado não questionou os novos cálculos elaborados pelo autuante, ao contrário, os acolheu na medida em que apenas fez objeção à não consideração

pelo autuante, a título de transporte para o período seguinte, dos valores indicados como tendo sido declarados a mais que o devido.

Este é um argumento que não vejo como ser acolhido, na medida em que a apuração do imposto para as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional não ocorre através da apuração via conta corrente fiscal, portanto, não há como ser transportado para o mês seguinte, um possível “saldo credor” acaso apurado. Seria o caso em que, se confirmada uma situação dessa natureza, o sujeito passivo, observando o prazo decadencial, requerer através de procedimento específico a restituição do possível indébito.

Assim é que, à luz do quanto consta dos autos, acolho em parte o novo demonstrativo do débito relativo à infração 01, constante à fl. 108, mantendo, entretanto, os valores originais lançados em relação aos meses de jun/16, jul/16, ago/16 e set/16, nas quantias de R\$882,95, R\$974,53, R\$602,52 e R\$402,37, os quais foram majorados pelo autuante, o que não é possível.

Isto posto, a infração 01 resta parcialmente procedente no valor de R\$4.804,45, referente aos valores indicados à fl. 108, com as correções relacionadas aos meses de junho a setembro/16 acima indicadas.

No tocante à infração 02, o autuado apenas questionou que o demonstrativo de fl. 93 aponta débitos em valores superiores aos constantes do Auto de Infração, nos meses de maio a outubro/13, março a maio/14 e setembro/15, sustentando que deve prevalecer apenas as importâncias originalmente lançadas, em obediência à Súmula 11 do CONSEF.

Analisando o novo demonstrativo do débito apresentado pelo autuante quanto à infração 02, vejo que neste foram excluídas diversas exigências relacionadas na inicial, enquanto que das remanescentes, apenas ocorreu majoração em relação aos meses de setembro/13, que passou para o valor de R\$3.732,09, enquanto que o valor original é na ordem de R\$2.922,07, e o mês de setembro/15, que passou para o valor de R\$637,61, sendo que o valor original lançado foi de R\$407,20, devendo, portanto, em relação a estes meses, prevalecer o valor originalmente lançado.

Dessa forma, a infração 02 resta parcialmente procedente no valor de R\$19.102,49, prevalecendo os valores indicados à fl. 109, com as correções acima indicadas.

Quanto ao pedido do patrono do autuado para que todas as intimações e notificações relativas ao presente feito sejam encaminhadas aos profissionais constituídos como seus representantes legais, observo que as intimações relacionadas à PAFs, ocorrem com base no que preceitua o Art. 108 do RPAF/BA, sendo que o seu não atendimento não implica em qualquer nulidade. Entretanto, nada impede que este órgão encaminhe também as intimações aos representantes legais conforme solicitado.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$23.906,94, sendo a infração 01 no valor de R\$4.804,45, e a infração 02 no valor de R\$19.102,49.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217365.0016/17-6**, lavrado contra **SJDR MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI – EPP**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.906,94**, acrescido da multa de 75%, prevista pelos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, c/c Art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR