

N. F. Nº - 232209.0009/18-6

NOTIFICADO - ANDRADE ARARIPE COMÉRCIO DE MALHAS E CONFECÇÕES LTDA. - EPP

NOTIFICANTE - RONALDO LOPES CARNEIRO DA SILVA

ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/01/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0259-04/20NF-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. IMPOSTO DECLARADO A MENOS. Ficou demonstrado e provado pelo sujeito passivo o descabimento da exigência tributária na medida em que os valores considerados pelo notificante não se referem a operações tributáveis para efeito de inclusão no PGDAS a título de receita bruta. Não acolhida a arguição de nulidade. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de exigência tributária a título de ICMS no valor de R\$8.186,91, acréscimos moratórios de R\$4.089,91 e multa de 75% no total de R\$6.140,21, perfazendo o montante reclamado na ordem de R\$18.416,93, em decorrência da seguinte acusação: “*Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado 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 a menor*”.

O notificado, por intermédio de seu Patrono, ingressou com Justificação contra a Notificação Fiscal, fls. 22 a 39, onde após descrever o objeto da autuação, suscitou uma questão preliminar pugnando ser nula de pleno direito a autuação, por considerar que o procedimento fiscal foi perpetrado em total e flagrante desrespeito ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.

Neste sentido discorreu acerca do tratamento igualitário que deve ser dispensado a todos os contribuintes e que a lei baiana ao introduzir a intitulada Notificação Fiscal, que é uma espécie de Auto de Infração, nega ao contribuinte o direito à ampla defesa e ao contraditório pelo fato de o valor imputado ser de pequena monta, isto é, inferior a R\$39.720,00.

Pontuou que quando o débito é superior a este valor o contribuinte tem direito a defesa e recurso em segunda instância, os quais são apreciados pelo Conselho de Fazenda, porém, quando o valor é inferior ao citado, não tem direito a defesa, podendo apenas apresentar “justificação” julgada pela própria fiscalização, onde o contribuinte não tem direito a recurso, reportando-se, também, a vigência no Brasil do princípio do duplo grau de jurisdição, que possui raízes no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, para embasar seus argumentos.

Após tecer outras considerações a respeito de Notificação Fiscal, sua redação originária constante no art. 48 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA e suas alterações de valores, para concluir que, ante a flagrante ilegalidade nela inserida e tendo em vista que nos termos do art. 167 do RPAF/BA o julgador não possui competência para declarar a constitucionalidade ou para negar a aplicação de ato normativo, requereu, com fundamento no inciso V do art. 168 do mesmo Regulamento, sob pena de nulidade, que o julgamento da presente reclamação fique sobreposto até que ocorra modificação ou revogação do art. 48 do RPAF/BA.

Em seguida passou a arguir inexiste ncia de infração citando que duas coisas levaram o notificante a considerar que tivesse havido falta de pagamento do imposto objeto deste lançamento:

a) os valores lançados nos meses de agosto e setembro de 2013, nas quantias de R\$5.012,37 e R\$1.127,40, respectivamente, referem-se a Notas Fiscais que foram emitidas em substituição a outras Notas emitidas em novembro e dezembro de 2011, de acordo com a orientação dada por e-mail pelo Plantão Fiscal da SEFAZ, citando que irá demonstrar e provar tal fato no tópico 3.2 da presente defesa;

b) os valores lançados nos demais meses referem-se a Notas Fiscais de devoluções de mercadorias efetuadas por clientes, e a Notas Fiscais emitidas em substituição a Cupons Fiscais, conforme afirmou que será demonstrado no tópico 3.3 desta impugnação.

Assim é que, no item 3.2 da peça defensiva, que trata de “*Substituição de documentos – orientação do Plantão Fiscal*”, pontuou que atendendo às exigências da legislação, desde que se tornou obrigatória a emissão da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), passou a emitir-la nas saídas de mercadorias por vendas ou por remessas para industrialização, imprimindo em seguida o respectivo DANFE, o qual é a materialização da NF-e, é a sua visualização física, haja vista que a NF-e é de natureza “virtual”, é um documento que existe apenas no mundo eletrônico.

Disse que ao emitir as NF-e, imprimia os respectivos DANFEs, nos quais constavam o código de barras, o número da chave de acesso e o número do protocolo de autenticação de uso, os quais indicam que a Nota Fiscal foi gerada e autorizada pelo fisco. Do contrário, não haveria “chave de acesso”, pois a chave de “acesso” (entrada, ingresso, conexão) é que possibilita a consulta das pessoas habilitadas ao banco de dados do sistema fazendário.

Mencionou que em 2012, muito antes da ação fiscal, alguns clientes seus reclamaram que não estavam conseguindo consultar as Notas Fiscais Eletrônicas no portal do sistema, fato este comunicado à empresa que lhe prestava os serviços de assessoria que constatou que, apesar de já terem sido emitidas centenas de Notas Fiscais Eletrônicas, no banco de dados da SEFAZ constava apenas uma única nota, situação está que afirma se encontrar provado de acordo com as cópias das “telas” do sistema da Sefaz, intituladas “*Consulta emitente*” (cópias anexas), extraídas em 18.7.18, somente constava no banco de dados da Sefaz em novembro de 2011 uma Nota Fiscal, de nº 162, datada de 3.11.11, e no mês de dezembro de 2011 não constava nenhuma.

Citou que para solucionar o problema, foi efetuado consulta ao Plantão Fiscal da SEFAZ/BA, o qual, mediante e-mail datado de 26.3.12, cópia anexa, informou que as Notas Fiscais emitidas pela empresa não eram consideradas autorizadas, não eram documentos válidos, e para regularizar as operações devia a empresa emitir novas NF-e com os dados que reproduzissem o fato gerador, devendo inserir observação no campo de “informações complementares” das novas NF-e, fazendo referência às NF-e originárias que foram canceladas de forma indevida, etc., transcrevendo a orientação obtida do Plantão Fiscal da SEFAZ, a qual considera clara: para resolver o problema da falha constatada, deveriam ser emitidas novas Notas Fiscais reproduzindo os dados do fato gerador objeto das Nota originárias, inserindo-se uma observação no campo de “informações complementares” das novas Notas Fiscais indicando os números das Notas originárias.

Acrescentou que em face da orientação do Plantão Fiscal, retransmitiu ao fisco as operações relativas às Notas Fiscais de novembro e dezembro de 2011, reproduzindo o exato teor daqueles documentos, fazendo constar o ocorrido no campo Dados Adicionais – Informações Complementares, tudo de acordo com a orientação recebida, considerando que o problema foi solucionado na época (2013), muito antes da ação fiscal, ocorrida em 2018, portanto, as diferenças encontradas pela fiscalização nos valores informados no PGDAS dos meses de agosto e setembro de 2013 referem-se a essas Notas Fiscais de novembro e dezembro de 2011, que já constavam no PGDAS informado à época.

Após discorrer detalhadamente a respeito desta questão, disse que estão sendo anexados à presente impugnação dois demonstrativos intitulados “*RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DO MÊS DE AGOSTO DE 2013*” e “*RELAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS DO MÊS DE SETEMBRO DE 2013*”, em que são relacionadas, lado a lado, as Notas Fiscais substitutas (à esquerda) e as Notas Fiscais originárias (à direita), provando que os valores são exatamente os mesmos, os compradores são exatamente os mesmos e as operações são todas da mesma natureza, bem como todas as Notas Fiscais, tanto as

originárias quanto as emitidas em substituição às originárias, apresentadas em meio magnético (CD - Rom anexo), na pasta “Fiscalização 07/2018”, subpastas “Notas Fiscais de agosto de 2013” e “Notas Fiscais de setembro de 2013”, sendo que, ao abrir cada arquivo intitulado “DOC”, aparece em cima a Nota Fiscal “nova”, e rolando a imagem aparece embaixo a Nota Fiscal originária correspondente, o que é feito em relação à totalidade dos documentos, sendo que, a título de exemplo, está sendo anexado um par dessas Notas, ou seja, seus DANFEs: o DANFE nº 1941, de 20.08.13, emitido em substituição ao DANFE nº 225, de 01/12/11, constando no rodapé do documento substituto (Dados Adicionais) o número e da data do documento substituído, como foi feito em relação a todos os DANFEs, enquanto que rodapé de cada “novo” DANFE (no campo Dados Adicionais), é feita menção à Nota Fiscal originária, vindo em seguida a expressão “... QUE NÃO CONSTAVA NO BANCO DE DADOS DA SEFAZ/BA”.

Desta maneira considera que fica esclarecido que as “novas” Notas Fiscais foram emitidas apenas para recompor o banco de dados do sistema fazendário, mas não se trata de novas operações, pois as operações são as já documentadas nas Notas originárias, cujos valores foram devidamente informados na época própria, isto é, em novembro e dezembro de 2011, com base nas quais o imposto foi calculado e pago tempestivamente, enquanto que na presente Notificação Fiscal o imposto foi recalculado, incluindo-se os valores das “novas” Notas Fiscais, sob acusação de que a empresa teria feito o pagamento do imposto a menos, situação está que, ao seu argumento, reflete cobrança de imposto em duplicidade.

No tópico 3.3 da defesa, intitulado “Notas Fiscais emitidas em substituição a Cupons Fiscais, e Notas de devolução” passou a tecer explicações atinentes aos demais meses, cujos valores dizem respeito a devoluções de clientes e notas fiscais emitidas em substituição a cupons fiscais, passando a indicar cada situação separadamente.

Assim, em relação as devoluções de vendas assim se expressou:

- Mês de Março de 2013: nesse mês a fiscalização incluiu no levantamento três Notas Fiscais de devolução de vendas: as Notas Fiscais nºs 1523, 1565 e 1574 (cópias anexas), ao tempo em que em todas as três Notas Fiscais consta no campo Natureza da Operação: “DEVOLUÇÃO DE VENDA DE TERCEIROS DENTRO DO ESTADO”; no campo Dados Adicionais – Informações complementares de cada Nota, consta a indicação da Nota Fiscal de venda e sua data, além de outros dados, sendo que, logo acima do número do DANFE, consta o código “0”, ou seja, são Notas de entrada, e não de saída: não são Notas de venda, são Notas de devolução de venda, portanto, o valor de R\$1.433,80 referente a estas notas fiscais, constante na Notificação Fiscal, na coluna Base de Cálculo, linha 2, relativa a março de 2013, deve ser excluído.

- Mês de Abril de 2013, disse que nesse mês está incluído no levantamento a Nota Fiscal 1660 (cópia anexa), no valor de R\$174,00, na qual consta, no campo Natureza da Operação: “OUTRAS SAÍDAS EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS”, enquanto que no campo Dados Adicionais – Informações complementares da Nota consta o número do Cupom Fiscal correspondente, sua data e outros dados atinentes ao Cupom Fiscal, cujo valor sustenta que deve ser abatido da base de cálculo do mês de abril de 2013.

- Mês de Maio de 2013, onde foi incluída a Nota Fiscal nº 1713 (cópia anexa), na qual consta no campo Natureza da Operação: “OUTRAS SAÍDAS EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS” e no campo Dados Adicionais – Informações complementares consta o número do Cupom Fiscal correspondente, sua data e outros dados atinentes ao Cupom Fiscal. Portanto o valor de R\$156,72 deverá ser abatido da base de cálculo do mês de maio de 2013.

- Mês de Junho de 2013, onde foi incluída a Nota Fiscal nº 1754 (cópia anexa), onde consta no campo Natureza da Operação “OUTRAS SAÍDAS EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS” e no campo Dados Adicionais – Informações complementares o número do Cupom Fiscal correspondente, sua data e outros dados atinentes ao Cupom Fiscal, portanto, o valor de R\$648,60 deverá ser abatido da base de cálculo do mês de junho de 2013.

- Mês de Julho de 2013, disse que foi incluída no levantamento a Nota Fiscal nº 1835 (cópia anexa), na qual consta, no campo Natureza da Operação “OUTRAS SAÍDAS EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS

FISCAIS”, enquanto que no campo Dados Adicionais – Informações consta o número do Cupom Fiscal correspondente, sua data e outros dados atinentes ao Cupom Fiscal, portanto, o valor de R\$1.418,20 deverá ser abatido da base de cálculo do mês de julho de 2013.

- Mês de agosto de 2013, foi incluído no levantamento a Nota Fiscal nº 1850 (cópia anexa), na qual consta no campo Natureza da Operação: “OUTRAS SAÍDAS EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS” e no campo Dados Adicionais – Informações complementares o número do Cupom Fiscal correspondente, sua data e outros dados atinentes ao Cupom Fiscal. Desta maneira o valor de R\$73,60, deverá ser abatido da base de cálculo do mês de agosto de 2013.

- Mês de outubro de 2013, foi incluída a Nota Fiscal nº 2102 (cópia anexa), onde consta no campo Natureza da Operação “OUTRAS SAÍDAS EM SUBSTITUIÇÃO A CUPONS FISCAIS” e no campo Dados Adicionais – Informações complementares o número do Cupom Fiscal correspondente, sua data e outros dados atinentes ao Cupom Fiscal, logo o valor de R\$283,68 deverá ser excluído da base de cálculo do mês de outubro de 2013.

Em conclusão pugnou que seja reconhecida e declarada a NULIDADE da presente Notificação Fiscal, haja vista que a presente autuação é nula de pleno direito, em virtude da forma como foi perpetrado o procedimento fiscal, em total e flagrante desrespeito ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, por não lhe ter sido dada oportunidade para defender-se e se for o caso poder interpor recurso da decisão de primeira instância, em consonância com o princípio do duplo grau de jurisdição, em face do preceito do inciso LV do art. 5º da Constituição, com ênfase nos princípios de igualdade e do direito ao contraditório e à ampla defesa, considerando-se que não pode a lei negar o direito de defesa e vedar a interposição de recurso pelo fato de o valor do crédito tributário ser “pequeno”, e tendo em vista que, não obstante a flagrante ilegalidade, não tem o julgador competência para declarar a constitucionalidade ou para negar a aplicação de ato normativo, nos termos do art. 167 do RPAF, a autuada REQUER, sob pena de nulidade, que o julgamento da presente reclamação fique sobrestada até que ocorra a modificação ou revogação do art. 48 do RPAF, com fundamento no inciso V do art. 168 do RPAF, observado o procedimento ali estabelecido.

Acrescentou que, caso ultrapassada a preliminar suscitada, no mérito, PEDE a improcedência do lançamento objeto desta Notificação Fiscal, uma vez que, de acordo com os argumentos e provas acostadas aos autos em meio físico e em meio magnético (CD - Rom anexo), a autuação foi decorrente de dois equívocos da fiscalização:

a) os valores lançados nos meses de agosto e setembro de 2013, nas quantias de R\$5.012,37 e R\$1.127,40, respectivamente, referem-se a Notas Fiscais que foram emitidas em substituição a outras emitidas anteriormente, de acordo com a orientação dada por e-mail pelo Plantão Fiscal da SEFAZ, conforme foi demonstrado no tópico 3.2;

b) os valores dos demais meses referem-se a Notas Fiscais de devoluções de mercadorias efetuadas por clientes, e a Notas Fiscais emitidas em substituição a Cupons Fiscais, conforme foi demonstrado no tópico 3.3.

Requeru que todas as intimações ou comunicações relativas a este feito sejam enviadas para os advogados que representam a autuada, no endereço constante no rodapé deste instrumento, sob pena de nulidade e, por fim, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada posterior de documentos.

O notificante apresentou a Informação Fiscal de fls. 69 a 71, onde descreveu os fatos atinentes a autuação, elaborou uma síntese dos argumentos defensivos e, em seguida se posicionou no sentido de que as argumentações defensivas, cuja natureza técnico-jurídica é cristalina, percebeu que cabe razão à peça defensiva em sua inteireza.

Consignou que as diferenças que encontrou não poderia imaginar que documentos fiscais emitidos em 2013 estivessem vinculados a 2011, com os mesmos dados relacionados a natureza da operação e quantidade, com a finalidade de regularizar falhas na emissão eletrônica cujos fatos geradores já haviam ocorrido há dois anos atrás, situação está que considera incomum.

Pontuou que o notificado mantém com regularidade com ICMS – Simples Nacional, porém, após os levantamentos dos dados fiscais, foram geradas diferenças que resultaram na presente autuação e, quanto aos demais valores declarou que restou comprovado que a deixou de deduzir as devoluções e as remessas que não implicaram em vendas.

Concluiu dizendo que após os devidos ajustes, restou um valor de débito residual na ordem de R\$137,12, próximo ao indicado pela Defesa, sendo que, o resultado do débito final apurado está quem do valor mínimo a ser considerado em uma Notificação Fiscal, razão pela qual pugnou por sua Improcedência.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. José Bezerra Lima Irmão, OAB/BA nº 060.543, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação fiscal está posta nos seguintes termos: “*Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado 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 a menor*”. Este fato resultou na exigência de um débito total no montante de R\$18.416,93, aí incluído o valor principal, acréscimos moratórios e multa.

Em sua peça defensiva, o autuado, por intermédio de seus representantes legais, apresentou uma questão preliminar suscitando nulidade da autuação haja vista que, ao seu entendimento, o procedimento fiscal foi perpetrado em total e flagrante desrespeito ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.

Com o devido respeito, não é isto que vislumbro nos autos. A Notificação Fiscal foi expedida observando o disposto pelo Art. 48 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA e possibilitou ao notificado os meios legais estabelecidos na legislação tributária baiana em vigor, para o pleno exercício do seu direito de defesa, tanto que, esse direito foi amplamente exercitado pelo contribuinte notificado.

A questão da instância única para julgamento administrativo da Notificação Fiscal está expressa, de forma clara no RPAF/BA, através do seu art. 176, inciso I, alínea “a”, *verbis*:

Art. 176. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

I - através das Juntas de Julgamento Fiscal, julgar:

Nota: A redação atual do inciso I do art. 176 foi dada pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, efeitos a partir de 18/08/18. Redação original, efeitos até 17/08/18:

“I - através das Juntas de Julgamento Fiscal, julgar em primeira instância os processos administrativos fiscais em que haja exigência de tributo e multa ou exclusivamente de multa;”.

a) em primeira instância, os processos administrativos fiscais em que haja exigência de crédito tributário através de auto de infração;

b) em instância única, os processos administrativos fiscais em que haja exigência de crédito tributário através de notificação fiscal;

II - através de suas Câmaras de Julgamento, julgar em segunda instância:

a) recurso de ofício, recurso voluntário e pedido de reconsideração de decisão

(...)

Portanto, o procedimento fiscal, em nível de sua formalização, atendeu ao quanto determinado pela legislação tributária pertinente, logo, não há que se falar em nulidade.

No que diz respeito ao pedido para que o feito fique sobrestado “*até que ocorra modificação ou revogação do art. 48 do RPAF/BA*” não há como ser acolhido, na medida em que não existe em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou, mesmo já decidido em última instância pelo Poder Judiciário.

Ademais, está também expresso pelo mesmo Regulamento, através de seu art. 167, inciso III, que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior e, sendo este ato originado de decreto assinado pelo Governador do Estado, haverá o mesmo de ser observado e aplicado quando dos julgamentos administrativos. Rejeito, pois, a nulidade arguida.

No tocante ao mérito da autuação a defesa se pautou em dois pontos importantes, quais sejam:

a) os valores lançados nos meses de agosto e setembro de 2013, nas quantias de R\$5.012,37 e R\$1.127,40, respectivamente, referem-se a Notas Fiscais que foram emitidas em substituição a outras Notas emitidas em novembro e dezembro de 2011, de acordo com a orientação dada por e-mail pelo Plantão Fiscal da SEFAZ, demonstrando e apresentando documentalmente elementos para comprovação do quanto alegado;

b) os valores lançados nos demais meses referem-se a Notas Fiscais de devoluções de mercadorias efetuadas por clientes, e a Notas Fiscais emitidas em substituição a Cupons Fiscais, conforme demonstrado através dos documentos que apresentou.

Tal documentação foi examinada pelo notificante que após examinar os argumentos defensivos e a documentação probatória trazida aos autos pela defesa, acolheu os argumentos defensivos e, após as devidas exclusões, concluiu que remanesceu apenas o valor residual de R\$137,12 o qual está próximo ao indicado pela defesa, entretanto, como este valor residual está aquém do valor mínimo duma Notificação Fiscal pugnou pela Improcedência da mesma.

Da análise efetuada nas peças que integram os presentes autos, dúvidas não restam que o notificado provou serem indevidas as exigências tributárias, as quais, foram corretamente afastadas pelo notificante.

No tocante ao valor residual de R\$137,12 encontrado pelo notificante não há como ser mantido, pois, em primeiro lugar este seria o valor principal devido, ao qual, após adição dos acréscimos moratórios e multa, superaria o valor então previsto pelo art. 49-A do RPAF/BA, já revogado desde 03/02/15 através do Decreto nº 15.921/15.

No entanto, tal valor residual não há como ser mantido na medida em que a sua apuração não está demonstrada de forma analítica no demonstrativo de fl. 71, enquanto que o possível valor, indicado pela defesa, está consignado na mesma o não reconhecimento desse débito ante as razões explanadas na peça defensiva.

Em conclusão, voto pela IMPROCEDÊNCIA da presente Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância **ÚNICA**, julgar **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº 232209.00009/18-6, lavrada contra **ANDRADE ARARIPE COMÉRCIO DE MALHAS E CONFECÇÕES LTDA. – EPP.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR