

A. I. N° - 217365.0004/18-6
AUTUADO - PP5 ÓTICA LTDA.
AUTUANTE - CARLOS FERNANDO DE ASSIS MEIRELES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0250-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. MICROEMPRESA OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. Não restou demonstrado nos autos, de forma segura e compreensiva como foi determinado o valor da base de cálculo utilizado para sustentar o lançamento tributário. Insegurança na indicação dos valores considerados na autuação. Declaração de nulidade do lançamento tributário com fulcro no Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe teve sua expedição ocorrida em 29/03/2018 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$ 280.346,70, mais multa de 75%, em face das seguintes acusações:

- Infração 01 – 17.02.01: *“Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando desta forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”*. Valor lançado R\$ 26.266,35, com multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06; Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

- Infração 02 – 17.03.16: *“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 Administrado de Cartões – Sem dolo”*. Valor lançado R\$ 254.080,35, com multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06; Art. 44, inciso 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 seus patronos, legalmente habilitados conforme instrumento de fls. 32 e 33, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 22 a 29, onde, após destacar a tempestividade da peça defensiva, passou a arguir a nulidade das notificações, por entender que estas se encontram em desconformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido indicou os requisitos que devem conter no auto de infração, tais como a identificação do infrator, descrição clara da infração, indicação dos dispositivos legais dados por infringidos, capitulação da penalidade, dentre outros que apontou, asseverando que o cumprimento destes requisitos tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao sujeito passivo o direito à ampla defesa, pois, somente com o preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras para elaboração da defesa.

Em seguida alegou que houve cerceamento de defesa em razão do autuante não ter informado o endereço da repartição onde correrá o processo, a fim de que possa apresentar sua defesa e recursos pela via postal ou pessoal, procedimento que diz ser comum na área federal.

Pugnou, também a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o autuante informou que o valor do Auto de Infração concerne apenas aos valores históricos e que consta no

demonstrativo de débito o valor atualizado até a data da lavratura, entretanto não há nos autos a legislação que foi utilizada para alcançar o valor da exação, o que configura vício no lançamento.

Acrescentou que o ICMS exigido foi indevidamente lançado, não podendo ter sido incurso no levantamento efetuado, o que gera mais uma causa de nulidade *ab initio*, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza no Auto de Infração.

Requeru ainda a nulidade do Auto de Infração citando que o mesmo fora lavrado por agente de tributos, quando deveria ter sido lavrado por auditor fiscal, razão pela qual o mesmo não deve prosperar uma vez que a cobrança de tributos é atividade administrativa plenamente vinculada a Lei, conforme determinam os Arts. 3º e 142 do CTN, citando a legislação estadual a este respeito, ou seja, Art. 107 da Lei nº 7.438/99.

Por último, suscitou ainda a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Ao adentrar ao mérito da autuação pontuou que o crédito tributário “constituído” está eivado de ilegalidade uma vez que o agente de tributos tomou por base para o lançamento apenas a informação prestada por Instituição Financeira e Administradora de Cartão de Crédito, ou seja, a base de cálculo está alargada e não condiz com a realidade das operações. Acrescentou que, neste sentido, deveria o autuante ter investigado e lhe intimado para somente depois “constituir” o crédito tributário, observando que caberia ao mesmo ter os livros fiscais e apuração de ICMS, além de ter analisado cada nota fiscal bem como os valores recolhidos.

Requeru a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com fulcro no Art. 151 do CTN e concluiu apresentando os seguintes pedidos: conhecimento e processamento da Impugnação, nulidade das notificações pelos motivos apresentados, que seja suportado pelo notificante os custos havidos pela notificada na produção da presente Impugnação, e, finalmente, seja mantida/expedida Certidão Positiva com efeito de Negativa.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 47 a 50, tendo efetuado considerações iniciais e, em seguida, passou a contestar os argumentos defensivos, destacando que a peça defensiva não traz nenhum fato novo em seus argumentos.

Disse que apesar do PAF ter sido montado obedecendo todos os requisitos que a legislação exige, os quais transcreveu, entretanto, considerou estranho o fato do autuado ter alegado que não foi indicada a repartição onde correrá o processo, citando que esta informação está explícita na própria intimação constante do Auto de Infração, inexistindo motivo para a nulidade suscitada.

Pontuou que também foi alegada pela defesa falta de competência legal da sua parte para efetuar o lançamento, o que considera descabida tal assertiva, visto que se trata de uma questão já pacificada no âmbito do CONSEF em virtude da competência ter sido atribuída pela Lei Estadual nº 11.470 de 08 de abril de 2009, atribuindo competência aos agentes de tributos estaduais para constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional.

Disse que o autuado entrou no mérito citando uma ADI de nº 4233 que ainda não fora julgada pelo STF, não se aplicando ao presente caso, a qual não obteve efeito suspensivo, além do que não é nesta esfera específica de contestação de Auto de Infração que se discutiria a alegada incompetência funcional, restando, assim, afastada a arguição de nulidade.

Ao adentrar as razões de mérito do lançamento, assim se posicionou:

“O Autuante ressalta que a fiscalização realizada e que determinou a lavratura do presente auto de infração, foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando assim acobertada de absoluta legalidade e de acordo com nosso ordenamento jurídico (Constituição Federal, CTN, CTE-Ba, RPAF-Ba, RICMS/Ba e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL).

O que se observada da defesa da autuada, é que não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal e

que sustentem as suas alegações.

A peça impugnatória acusa que tomamos como base para o lançamento tão somente a informação prestada por administradora de cartão de crédito, o que não é verdade. Apesar do contribuinte não avançar na análise do levantamento do quantum debeatur limitando-se a questionar que o Autuante teria fundamentado o levantamento tão somente nas informações oriundas das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito, gostaríamos de ressaltar o seguinte.

Todo o levantamento foi realizado no já consagrado sistema PRODIFE, de muita confiabilidade em seus cruzamentos eletrônicos, e foram importados para a ferramenta eletrônica as informações referentes a todos os pagamentos realizados pela empresa (rpt_dae_anual), TEF (Transferência Eletrônica de Fundos, ou as vendas realizadas através de cartões de crédito e débito), todas as notas fiscais eletrônicas de entrada e saída de mercadorias, todos os cupons fiscais emitidos (constantes na MFD – Memória Fiscal Digital do ECF), as notas emitidas manualmente bem como as informações prestadas pelo contribuinte à SRF – Secretaria da Receita Federal através do PGDAS. Importante frisar que o próprio sistema PRODIFE, após processar o conteúdo das Notas Fiscais Eletrônicas de entrada, calcula a proporcionalidade das mercadorias sujeitas à tributação pelo Simples Nacional, para que o cálculo do imposto devido saia com exatidão.

O sistema também apura com precisão as omissões e recalcula as novas bases de cálculo do imposto, mês a mês, bem como as novas alíquotas aplicáveis, considerando que a progressividade das alíquotas do Simples Nacional ocorre sempre que o faturamento da empresa fica maior.

Todos os documentos que embasaram o presente levantamento e também os demonstrativos do débito constam da mídia gravada e entregue ao contribuinte mediante assinatura do recibo e que se encontra na página 16 do presente processo”.

À luz dos argumentos supratranscritos, concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Em 23 de abril de 2020, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem/autuante, nos termos abaixo reproduzidos:

“O Auto de Infração em epígrafe teve sua expedição ocorrida em 29/03/2018 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$ 280.346,70, mais multa de 75%, em face das seguintes acusações:

1 – “Efetuiu recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando desta forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”. Valor lançado R\$ 26.266,35, referente aos meses de abril a julho/16, dezembro/16, janeiro a maio/17 e setembro/17, com multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06; Art. 44, inciso 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 Administrado de Cartões – Sem dolo”. Valor lançado R\$ 254.080,35, referentes ao período de fevereiro a dezembro/14 e os exercícios integrais de 2015 a 2017, com multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06; Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07.

Em sua defesa o autuado impugnou a base de cálculo utilizada para o lançamento, ao argumento de que “está alargada e não condiz com a realidade das operações”, citando, ainda, que deveria o autuante ter investigado e lhe intimado, para somente depois “constituir” o crédito tributário, observando que caberia ao mesmo ter os livros fiscais e apuração de ICMS, além de ter analisado cada nota fiscal bem como os valores recolhidos.

Isto posto e analisando os demonstrativos elaborados pelo autuante, especialmente o denominado Demonstrativo 1, intitulado “DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO – SIMPLES NACIONAL”, se constatou que não há demonstração de como foi apurada a receita bruta considerada omitida, valor este que compõe a base de cálculo questionada pelo autuado.

Diante deste fato, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante adote as seguintes providências;

1 – O demonstrativo 2, fl. 12, que se refere a falta de pagamento do ICMS sobre faturamento – Simples Nacional, base da infração 01, no total de R\$ 26.266,35, aponta que houve ICMS declarado em valor superior ao devido durante todo os exercícios de 2014, 2015, enquanto que nos exercícios de 2016 e 2017,

apenas 05 (cinco) meses em cada um, apresentaram imposto declarado a menos que o devido, o que resultou na exigência da diferença.

Esclarecer a razão de que havendo valor declarado à maior que o devido, tais valores não foram considerados no levantamento constante do demonstrativo 1.

2 – Elaborar planilha analítica, demonstrando, mês a mês, como foi apurada a receita bruta omitida indicada no demonstrativo 1.

3 – Efetuar um levantamento, com base nas vendas com cartões de crédito e/ou débito constantes das Reduções Z do autuado, no período fiscalizado, bem como através de notas fiscais emitidas no mesmo período, confrontando-as com as informações constantes dos TEF fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito constantes da mídia digital constante à fl. 16, atentando para a especificidade das operações com produtos óticos, para efeito de verificação se ocorreram vendas de mercadorias omitidas. Em caso de confirmação, refazer os demonstrativos 1 e 2, com base na apuração na forma aqui solicitada.

4 – Atendidas as solicitações supra, o autuado deverá ser cientificado desta solicitação de diligência com a entrega do resultado apresentado pelo autuante, devendo ser reaberto o prazo para defesa. Após manifestação do autuado, o autuante deverá prestar nova Informação Fiscal.

5 – Ao final o PAF deverá retornar ao CONSEF para efeito de continuidade da sua instrução e posterior julgamento”.

Em resposta, o autuante apresentou o pronunciamento de fls. 57 a 59, onde assim se posicionou:

“Data máxima vênia, entende este autuante que não resta a mínima dúvida acerca do quantum debeatur apurado no levantamento realizado e devidamente acostado ao presente PAF. Como já observado na INFORMAÇÃO FISCAL prestada no processo (fls. 47 a 50), a apuração foi feita com o auxílio do consagrado aplicativo PRODIFE, o qual opino ser o mais eficiente e de maior confiabilidade de todos os aplicativos que já trabalhamos e que gera relatórios claros e objetivos dos resultados encontrados. O PRODIFE usa em sua base de dados e para cruzamento de dados todas as informações disponibilizadas pela SEFAZ (tais como DAE's de pagamentos, informações oriundas das administradoras de cartões de crédito/débito, notas fiscais eletrônicas etc.), bem como informações presentes nas declarações de PGDAS transmitidas à SRF (Secretaria da Receita Federal) pelos contribuintes, além da MFD (Memória Fiscal Digital) extraída do equipamento emissor de cupom fiscal do estabelecimento do contribuinte.

Observo que na mídia gravada com arquivos eletrônicos e entregue ao contribuinte mediante recibo constam relatórios como os listados abaixo:

- a) DEMONSTRATIVO Y2 - Operações de Saída de Mercadorias e/ou Prestações de Serviço - Vendas conforme constam em NF-e, CT-e, NFC-e e Documentos Fiscais não Eletrônicos emitidos pelo contribuinte;
- b) DEMONSTRATIVO X1 - Operações de Saída de Mercadorias - Vendas conforme constam em Cupons Fiscais emitidos por ECF;
- c) DEMONSTRATIVO Y1 - Operações de Saída de Mercadorias - Vendas conforme constam em Cupons Fiscais emitidos por ECF com pagamento, segundo informado pelo contribuinte, realizado por meio de Cartão de Crédito/Débito;
- d) DEMONSTRATIVO X2 - Operações de Saída de Mercadorias e/ou Prestações de Serviço - Vendas conforme constam em NF-e, CT-e, NFC-e e Documentos Fiscais não Eletrônicos emitidos pelo contribuinte;
- e) Demonstrativo do Cálculo do índice de proporcionalidade – Simples Nacional;
- f) Memória Fiscal Digital (arquivo em formato de Bloco de Notas onde é possível encontrar TODAS as vendas efetuadas pelo contribuinte e registrada em seu equipamento emissor de cupom fiscal);
- g) TEF (Transferências Eletrônicas de Fundos), em formato Bloco de Notas e em formato PDF, de todas as operações realizadas por este meio de pagamento ao contribuinte.

Quando tomado o cuidado de abrir a mídia e acessar os arquivos nela constante, verificamos que os citados relatórios descrevem, com todos os pormenores, os dados necessários e suficientes à identificação das omissões em todos os períodos fiscalizados. Em razão de tal detalhamento entendemos ser desnecessário a produção de novas planilhas.

Quanto a valores supostamente declarados à maior, observamos o seguinte.

Empresas optantes pelo regime tributário do Simples Nacional têm a vantagem de emitir uma guia única para pagar os impostos que devem ao governo. Para isso, precisam acessar um sistema chamado PGDAS-D para gerar suas guias de pagamento conforme as atividades econômicas do mês.

Por meio do Programa PGDAS-D, o responsável pela empresa optante pelo Simples Nacional pode efetuar o cálculo dos tributos devidos mensalmente, declarar o valor (grifos nossos) e imprimir o documento de arrecadação (DAS).

Todas as empresas optantes pelo regime do Simples Nacional devem emitir suas guias de arrecadação mensal através do PGDAS-D. Lá também será possível deixar registrada a movimentação financeira da empresa, já que os dados serão necessários para o cálculo do imposto devido.

A empresa precisará optar por prestar as informações financeiras da organização em um dos dois regimes contábeis disponíveis: regime de caixa e regime de competência.

O prazo para emissão mensal da guia DAS é fixado por lei: dia 20 do mês seguinte ao período de apuração. É importante ressaltar que mesmo que a empresa não tenha apresentado movimentação financeira no mês em questão, a declaração deve ser realizada.

Existem punições para empresas que descumprem o prazo máximo de emissão e pagamento da guia DAS ou omitem informações visando pagar menos tributos.

Dito isso, é o responsável pela empresa quem declara o seu faturamento. Se o contribuinte declarou seu faturamento de forma equivocada resta-lhe processar nova declaração retificadora para corrigir aquilo que foi declarado à maior ou à menor. Entendo não caber ao autuante realizar compensações de pagamentos realizados à maior em períodos distintos daqueles onde o levantamento evidenciou a omissão de obrigação tributária.

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, em observância do devido processo legal, REQUER A APRECIÇÃO DAS CONSIDERAÇÕES DA PRESENTE DILIGÊNCIA e a consequente PROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO IMPUGNADO”.

O autuado foi intimado acerca da diligência realizada, via SEDEX, conforme AR afixados às fls. 60 e 61, porém não constam dos autos que tenha ocorrido manifestação por parte do mesmo.

VOTO

O Auto de Infração em tela foi lavrado em 29/03/2018, para exigir crédito tributário no total histórico de R\$ 280.346,70, mais multas, cujo autuado se encontrava inscrito na condição de microempresa, optante pelo regime do Simples Nacional, sendo imputadas as seguintes acusações:

1 - “Efetuiu recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando desta forma, não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”. Valor lançado R\$ 26.266,35, com multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06; Art. 44, inciso 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 Administrado de Cartões – Sem dolo”. Valor lançado R\$ 254.080,35, com multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06; Art. 44, inciso 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 seus Representantes Legais, suscitou a nulidade do Auto de Infração, com fundamento nos seguintes argumentos: **i)** ausência de requisitos que devem conter no auto de infração; **ii)** cerceamento ao direito de defesa tendo em vista a falta de informação do endereço da repartição fazendária onde correrá o processo, a fim de que possa apresentar defesa ou recurso; **iii)** ausência de indicação da legislação utilizada para alcançar o valor da exação atualizada até a data do lançamento; **iv)** lançamento efetuado por agente incompetente para tal fim; **v)** não descreveu, como deveria, a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Analisando, inicialmente, os argumentos acima alinhavados apresentados pela defesa, vejo que

estes não podem ser acolhidos. Isto porque, em relação ao primeiro argumento acima, considero que foram atendidos os requisitos prescritos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA e, também aqueles constantes no Art. 142 do CTN. Portanto, não acolho o primeiro argumento acima.

De igual maneira, não pode ser acolhido o segundo argumento, posto que, no próprio corpo do Auto de Infração está consignado que a defesa deverá ser apresentada na Repartição Fazendária da circunscrição do autuado, o que ocorreu, não havendo, portanto, qualquer cerceamento ao direito de defesa.

No que tange ao terceiro argumento relacionado a ausência da legislação empregada para atualização monetária do débito até a data do lançamento, assim como ao quinto argumento relacionado a legislação aplicável na correção monetária e juros utilizados, está dito no demonstrativo de débito que estes serão calculados de acordo com a legislação vigente e em função da data de quitação do débito. Assim é que o percentual da multa aplicada atende ao previsto pelos arts. 34 e 35 da LC 123/06, e art. 44, I da Lei Federal 9.430/96 com a redação dada pela Lei Federal 11.488/07, consoante está claro na autuação. Quanto aos acréscimos moratórios, estes serão calculados no momento do pagamento do débito pelo órgão fazendário competente, atendo ao previsto pelos Arts. 100 a 102 do Código Tributário Nacional, portanto, não causa qualquer cerceamento do direito de defesa.

Por fim, quanto a arguição de incompetência do autuante para lavrar o presente Auto de Infração, melhor sorte não assiste ao autuado em seu argumento.

Isto porque o Art. 42, inciso II do RPAF/BA é taxativo ao atribuir aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários na seguinte situação:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Saliento que a Lei estadual nº 11.470/09 introduziu alterações na Lei nº 8.210/2002, e os parágrafos 1º, 2º e 3º do art.107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), passaram a vigorar com as atribuições pertinentes aos auditores fiscais, que, a estes é permitido a atribuição de constituir créditos fiscais, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Isto posto, vejo que o lançamento em lide foi processado em 29/03/2018, por agente de tributos estaduais integrante do Grupo Ocupacional Fisco e devidamente autorizado por autoridade fazendária competente para realização da fiscalização, devidamente amparado por Ordem de Serviço específica para tal fim.

Assim é que, sob o ponto de vista da legalidade do procedimento fiscal, **focando a data da sua realização**, acima referida, vejo que a Lei nº 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, em seu Art. 107, §§ 1º, 2º e 3º, davam suporte à realização do procedimento fiscal:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§ 1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§ 2º Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Da mesma forma, a Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, que reestruturou o Grupo Ocupacional Fisco da Secretaria da Fazenda, assim previa:

Art. 2º - O Grupo Ocupacional Fisco abrange as carreiras de Auditor Fiscal e de Agente de Tributos Estaduais.

Art. 4º - Integrarão a carreira de Agente de Tributos Estaduais 1.300 (um mil e trezentos) cargos de provimento efetivo, de mesmo nome, distribuídos em 8 (oito) classes.

Art. 7º - São atribuições dos titulares dos cargos de Agente de Tributos Estaduais:

I - arrecadar receitas estaduais;

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

Ademais, a Procuradoria Geral do Estado, a respeito desta questão, se pronunciou em 10 de março de 2021 através do Despacho PGE/RDF 00028077379 relacionado ao PROCESSO SEI: 013.1308.2021.0008266-93, que teve como objeto a ADI 4233 - Reestruturação das Carreiras do Fisco Baiano, tendo a SEFAZ como órgão interessado, prestou a seguinte orientação jurídica, ao responder questionamento formulado pela Administração da SEFAZ:

“A partir de que data os ATE estarão impedidos de promover lançamento tributário?”

A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (como é o caso da ADI) ocorre a partir da publicação da ata de julgamento, independente da publicação do acórdão ou intimação pessoal do Governador do Estado. Ademais, consoante se extrai do artigo 28 da Lei 9.868/99, a decisão em ADI - inclusive para fins de interpretação conforme a Constituição -, tem eficácia geral (erga omnes) e efeito vinculante à Administração estadual. Até a presente data, não houve publicação da ata mas, em regra, esse movimentação processual não tende a demorar. A partir dessa data - e até que venha qualquer tipo de esclarecimento ou modulação temporal por força dos embargos de declaração - os atuais ATEs perdem a atribuição de promover lançamento tributário”.

Portanto, à luz da orientação jurídica acima reproduzida, é que, só a partir da data da publicação da ata de julgamento da ADI 4233, que até 10 de março de 2021 ainda não tinha ocorrido, as atribuições dos agentes de tributos estaduais para promover lançamento tributária estavam mantidas na forma acima delineada pela Lei nº 8.210/2002 e pelo próprio COTEB.

Desta forma, a lavratura do presente auto de infração, ocorrida em 29/03/2018, obedeceu aos requisitos previstos em lei, especificamente ao disposto pelo art. 6º, I, “a” da Lei nº 8.210/02, não estando maculado por vício de forma, como afirma o autuado.

Isto posto, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração suscitado pelo autuado, vez que o lançamento tributário ocorreu em 29/03/2018 época em que os ATE possuíam competência legal para promover lançamento tributário em qualquer circunstância.

Prosseguindo, consta que o autuado alegou ilegalidade no lançamento tributário ao argumento de que foi tomado como base para o lançamento somente as informações prestadas pelas instituições financeiras, e que “a base de cálculo está alargada e não condiz com a realidade das operações”, citando, ainda, que deveria o autuante ter investigado e lhe intimado, para somente depois “constituir” o crédito tributário, observando, também, que caberia ao mesmo com base em seus livros fiscais, ter analisado cada nota fiscal bem como os valores recolhidos.

Após a análise efetuada nos demonstrativos produzidos pelo autuante, foi constatado que o argumento supra do autuado carecia de averiguações em relação a sua origem, o que motivou a remessa dos autos em diligência no sentido de que fossem adotadas pelo autuante as seguintes providências:

I – O demonstrativo 2, fl. 12, que se refere a falta de pagamento do ICMS sobre faturamento – Simples Nacional, base da infração 01, no total de R\$ 26.266,35, aponta que houve ICMS declarado em valor superior ao devido durante todo os exercícios de 2014, 2015, enquanto que nos exercícios de 2016 e 2017,

apenas 05 (cinco) meses em cada um, apresentaram imposto declarado a menos que o devido, o que resultou na exigência da diferença.

Esclarecer a razão de que havendo valor declarado à maior que o devido, tais valores não foram considerados no levantamento constante do demonstrativo 1.

2 – Elaborar planilha analítica, demonstrando, mês a mês, como foi apurada a receita bruta omitida indicada no demonstrativo 1.

3 – Efetuar um levantamento, com base nas vendas com cartões de crédito e/ou débito constantes das Reduções Z do autuado, no período fiscalizado, bem como através de notas fiscais emitidas no mesmo período, confrontando-as com as informações constantes dos TEF fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito constantes da mídia digital constante à fl. 16, atentando para a especificidade das operações com produtos óticos, para efeito de verificação se ocorreram vendas de mercadorias omitidas. Em caso de confirmação, refazer os demonstrativos 1 e 2, com base na apuração na forma aqui solicitada.

O autuante se pronunciou, sem atendimento ao quanto acima solicitado, se limitando a justificar que *“a apuração foi feita com o auxílio do consagrado aplicativo PRODIFE, o qual opino ser o mais eficiente e de maior confiabilidade de todos os aplicativos que já trabalhamos e que gera relatórios claros e objetivos dos resultados encontrados. O PRODIFE usa em sua base de dados e para cruzamento de dados todas as informações disponibilizadas pela SEFAZ (tais como DAE’s de pagamentos, informações oriundas das administradoras de cartões de crédito/débito, notas fiscais eletrônicas etc.), bem como informações presentes nas declarações de PGDAS transmitidas à SRF (Secretaria da Receita Federal) pelos contribuintes, além da MFD (Memória Fiscal Digital) extraída do equipamento emissor de cupom fiscal do estabelecimento do contribuinte”,* remetendo ao demonstrativos gerados e que foram entregues ao autuado, os quais, ao seu entendimento, seriam suficientes para demonstrar e atender ao quanto solicitado pela diligência.

Examinando a mídia digital de fls. 16, juntada ao PAF pelo autuante, tem-se:

- 1 – DANFES contendo notas fiscais de entradas e de saídas;
- 2 – PGDAS – Extratos do Simples Nacional período autuado;
- 3 – Declaração de faturamento consolidado fornecido pelo autuado em formato excel, fls. 14 e 15.
- 4 – Demonstrativo 1, fls. 10 e 11: Demonstrativo da falta de pagamento do ICMS devido sobre o faturamento – Simples Nacional. Contribuinte omitiu receitas de operações tributadas pelo ICMS, evidenciada pela constatação de valores recebidos por meio de Cartão de Crédito/Débito sem a emissão dos correspondentes documentos fiscais. Presunção autorizada conforme determinação do Artigo 4º, § 4º, inciso VI, alínea “b”, e inciso VII, da Lei nº 7.014/96, corroborada pelo Artigo 34º, da Lei Complementar nº 123/06. *Período: 01/01/2014 a 31/12/2017.*
- 5 – Demonstrativo 2, fls. 12/13: Demonstrativo da falta de pagamento do ICMS devido sobre o faturamento – Simples Nacional. 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 nas alíquotas aplicáveis.
- 6 – Demonstrativo Y2: Operações de Saída de Mercadorias e/ou Prestações de Serviço - Vendas conforme constam em NF-e, CT-e, NFC-e e Documentos Fiscais não Eletrônicos emitidos pelo contribuinte *Período: 01/01/2014 a 31/12/2017, (datas não sequenciais).*
- 7 – Demonstrativos X1, Y1, X2: Operações de Saída de Mercadorias - Vendas conforme constam em Cupons Fiscais emitidos por ECF (em formato mensal/sintético), Operações de Saída de Mercadorias - Vendas conforme constam em Cupons Fiscais emitidos por ECF com pagamento, segundo informado pelo contribuinte, realizado por meio de Cartão de Crédito/Débito Vendas conforme constam em NF-e, CT-e, NFC-e, Período 01/01/2014 a 31/12/2017.
- 8 - DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO ÍNDICE DE PROPORCIONALIDADE - SIMPLES NACIONAL.
- 9 – Memória Fiscal Digital, em formato bloco de notas, contendo as vendas efetuadas pelo autuado e registradas por seu ECF.

10 – Relações de DAE anuais.

11 – TEFs, em bloco de notas sequenciais.

Das análises efetuadas no bojo dos demonstrativos acima, vejo que no Demonstrativo 2, base para o lançamento da infração 01, fls. 12 e 13, consta para o exercício de 2016 uma receita bruta omitida no montante de R\$ 2.577.816,04 e para o exercício de 2017 R\$ 2.163.416,49 que não se encontram devidamente demonstradas as origens e nem como se chegou a tais valores, situação esta não identificada nos aludidos demonstrativos e que se buscou esclarecer via diligência fiscal, o que não foi possível.

Da mesma forma, o Demonstrativo 1, fls. 10 e 11, base da infração 02, relacionada a presunção de omissões de saídas detectadas através de informações prestadas por instituições financeiras (administradoras de cartões de crédito e/ou débito), não se vislumbra nos referidos demonstrativos, como foram determinadas tais omissões, na medida em que deveria existir um comparativo entre os valores diários informados pelas administradoras de cartões com os registrados pelo autuado através de emissões de documentos fiscais concernentes a essas operações, exigindo-se as diferenças não comprovadas, porém identificadas.

Não se pode olvidar que, conforme foi destacado no pedido de diligência, considerando a atividade exercida pelo autuado, comércio varejista de produtos óticos, podem ocorrer situações em que o pagamento pode ser efetuado quando da compra da mercadoria, porém o documento fiscal só é emitido quando da efetiva entrega, o que causa distorções que necessitam ser analisadas.

Desta maneira, entendo que a determinação da base de cálculo considerada em ambas as infrações se mostra insegura, não oferecendo certeza quanto sua correção, razão pela qual, com fulcro no Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 217365.0004/18-6, lavrado contra **PP5 ÓTICA LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da decisão acima para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR