

PROCESSO - A. I. Nº 218056.0001/19-9
RECORRENTE - OLIVEIRA BRANDÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0076-03/20-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/02/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0015-12/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS, DECLARADAS COMO SE O IMPOSTO JÁ TIVESSE SIDO PAGO. A defesa não apresentou elementos com o condão de elidir qualquer das acusações fiscais. Infrações mantidas. Afastada arguição de nulidade. Negado pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/06/2019, no valor de R\$ 60.189,54, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 17.02.01: Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devido 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 ou da alíquota aplicada a menor, nos meses de fevereiro a novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.982,67, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

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 Administradora de Cartões - sem dolo, nos meses de setembro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 18.496,73, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

Infração 03 - 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 Administradora de Cartões - sem dolo, no mês de fevereiro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.878,23, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

Infração 04 - 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 Administradora de Cartões - sem dolo, nos meses de fevereiro a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 35.942,42, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35, da Lei Complementar nº 123/06, e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

Infração 05 - 17.04.01: Deixou de recolher o ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído, nos meses de fevereiro a novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 889,49, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº

0076-03/20-VD (fls. 75 a 80), com base no voto a seguir transcrito:

“Preliminarmente, o defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, sob a alegação de recebimento de demonstrativos/planilhas, contidas em mídia magnética, sem a devida autenticação, o que em seu entendimento, constitui descumprimento do devido processo legal, por cerceamento de defesa.

Esta alegação não pode ser acatada. Observo que não existe previsão legal estabelecendo obrigatoriedade de autenticação dos elementos gerados pela fiscalização e entregues ao Autuado. A SEFAZ costuma adotar este procedimento para segurança de seu próprio banco de dados. Entretanto, é importante salientar, que a entrega dos demonstrativos sem a citada autenticação, em nada prejudicou o Autuado, que produziu sua defesa se reportando às irregularidades que lhe foram imputadas pela fiscalização. Os demonstrativos que servem de base para a autuação e que lhes foram entregues fazem parte integralmente deste PAF. Embora faça uma alegação de forma genérica, o defendente não apontou objetivamente, qual o óbice que teria enfrentado para realizar sua impugnação.

Nessa esteira, sobre as formalidades necessárias a validade do PAF, verifico que o lançamento de ofício se encontra estribado dentro dos cânones da legalidade. Observo que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei Complementar 123/06 e a Lei nº 7014/96. Consta no processo a intimação via DTE para entrega de livros e documentos fiscais. Vejo também, que os demonstrativos fls. 14/37 e 43/51 foram entregues ao contribuinte conforme o Recibo de Entrega dos Arquivos Eletrônicos fl.145.

Assim, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, a solicitação de diligência à ASTEC ou perícia técnica, feita pelo autuado. Vale salientar, que a diligência e/ou perícia se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas, se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/BA, sua realização pode ser dispensada. Entendo que o deslinde da controvérsia, não depende de conhecimento técnico e já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Autuado é optante pelo Regime Simplificado do Simples Nacional, e que os contribuintes optantes pelo referido regime devem prestar declarações de suas receitas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do art. 25 da Lei Complementar nº 123, que reproduzo abaixo. Verifico que o Defendente cumpriu com esta obrigação acessória, e foi com base nestes dados, que se realizou a fiscalização.

Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.

O enquadramento de uma empresa no Simples Nacional não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34, da LC nº 123/06, que assim estabelece:

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e às empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

No mérito, a infração 01 acusa o autuado de ter efetuado recolhimento a menos de ICMS declarado, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menos. As infrações 02, 03 e 04, são respectivamente, referentes aos exercícios de 2018, 2019 e 2017, e tratam de 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, ou administradora de cartão de crédito, sem dolo. A infração 05 acusa o autuado de ter deixado de recolher o ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

A Lei Complementar nº 123/2006 prevê que sobre a receita bruta auferida no mês, incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 18. Há previsão na lei referida, que a microempresa ou empresa de pequeno porte, optante pelo Simples Nacional, deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil, declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos Órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo

aprovados pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN. Esta declaração se constitui em confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos, resultantes das informações nela prestadas, conforme o disposto no § 15-A do art. 18. Também, os contribuintes optantes ficam obrigados a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço em suas operações, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor, sendo que o valor do tributo não pago, apurado em procedimento de fiscalização, será exigido em lançamento de ofício.

No caso em análise, na infração 01, a Autuada é acusada de deixar de incluir na Receita Bruta do mês, parte dos valores relativos a vendas de mercadorias com pagamento de cartões de crédito ou débito, quando deveria tê-las incluído no montante a ser tributado, haja vista que a sistemática de apuração dos valores mensais a recolher, exige que se considere no cômputo da receita bruta, o total do produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme § 1º, do art. 3º da Lei nº 123/06.

Sobre a omissão de receitas apurada através de levantamento de vendas com cartão de crédito ou/de débito, infrações 02, 03 e 04, observo que a comparação somente pode ocorrer, entre operações equivalentes, ou seja, documentos fiscais referentes as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito, são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões.

Vale ressaltar, que o levantamento realizado pela Autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, a qual considera ocorrido o fato gerador do ICMS, entre outras hipóteses, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizando a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O defendente argumentou que jamais omitiu qualquer saída de mercadoria e que eventualmente, poderia ter acontecido de uma venda a crédito ter sido registrada como uma operação de venda à vista, no entanto não se desincumbiu de trazer esta prova ao processo.

Constato que nos relatórios TEF anuais informados pelas Instituições Financeira e Administradora de Cartões, cópias páginas 10, 25 e 40 e nos PGDAS, páginas 11, 26 e 41 deste PAF, pode-se verificar, que as vendas através de cartões de crédito ou débito foram bem maiores, que as receitas informadas pelo contribuinte nos PGDAS.

No que diz respeito à infração 05, o defendente prestou declaração – DASN, considerando receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

Cabe registrar, que o defendente não rebate objetivamente qualquer destas infrações. Não aponta erro no levantamento fiscal ou nos cálculos que apuraram o quantum devido e que serviram de base às infrações que lhe foram imputadas, limitando-se a negativa do cometimento da infração e arguição de preliminar de nulidade que foi devidamente apreciada.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo, o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Ressalto que o Autuado foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame. Sendo assim, as infrações são integralmente subsistentes.

O defendente solicitou que as informações sobre a tramitação deste processo deveriam ser encaminhadas ao escritório do Patrono com endereço profissional sito a rua Tancredo Neves, 2539 Torre Nova York, sala 301 CEP 41.820.021, Caminho das Árvores / Salvador Bahia.

Registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade, se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado requereu a análise de controle de legalidade junto à PGE/PROFIS, sob o argumento de que *“a intimação foi efetuada por um não integrante do fisco”* (fl. 90).

A PGE/PROFIS/NCA exarou parecer, acolhido pela Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA (fls. 97 a 102), no qual destacou que somente na intimação pessoal é que o próprio Servidor integrante do Fisco colherá o recibo do Autuado, diferentemente das intimações via postal ou por meio eletrônico, todas previstas no Art. 108 do RPAF/99, sendo claro que, em qualquer caso, a Notificação é feita pelo Fisco, e concluiu pelo indeferimento do pedido.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 109 a 123), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, onde suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, em razão dos demonstrativos anexados à autuação não terem sido entregues em meio magnético em formato texto editável, alegando o descumprimento do disposto no RPAF/99, do qual transcreveu os Arts. 8º, § 3º, 28, VI e § 4º, II, 25, 18, I a IV e § 2º e 3º, 20 e 21.

No mérito, descreveu como exigido na autuação apenas a Infração 01, no valor de R\$ 60.189,54, com a seguinte redação: *“Estocagens de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documento falso ou idôneo sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia”*.

Discorreu sobre a constitucionalidade e legalidade da instituição do tributo e da atividade administrativa essencialmente vinculada da sua arrecadação e fiscalização e colacionou os Arts. 127-A, 129, § 2º e 130, II do COTEB, e as ementas dos Acórdãos JFJ nºs 0050-05/07, 0156-01/10 e 0157-01/14 e CJF nºs 0318-12/04, 0345-12/06 e 0317-11/09, com resultado pela nulidade por cerceamento de defesa ou por falta de certeza e liquidez do lançamento.

Afirmou que a Autuante ignorou os procedimentos básicos elementares para o início da ação fiscal, como, por exemplo, a intimação para apresentação das notas fiscais de entrada e saída de mercadorias e os termos de início e encerramento de fiscalização, além de ter realizado auditoria de estoques tomando como base as mercadorias existentes em seu estabelecimento, que não comprovam que estavam desacompanhadas de notas fiscais.

Disse não ser razoável concluir que a mera “declaração de estoque” elaborada pela Autuante seja capaz de detectar a omissão de receita apurada através de levantamento fiscal, sem mencionar quais as mercadorias objeto do levantamento, se houve omissão de saída ou de entrada, e outras exigências necessárias para a realização de uma auditoria de estoque, sem computar o estoque inicial, compras, vendas e o estoque final, tendo a base de cálculo sido arbitrada sem nenhum amparo legal, se fundamentando unicamente em presunção.

Requereu a nulidade do Auto de Infração, pois a ação foi iniciada por servidor administrativo não integrante do Fisco, arquivando o processo administrativo fiscal, bem como que a informação sobre a tramitação seja encaminhada para o escritório do seu patrono, cujo nome não declinou, no endereço que forneceu.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão de 5 (cinco) infrações, pelo recolhimento a menor do imposto declarado, devido a erro na informação da receita ou da alíquota aplicada a menor, por apuração de omissão de saídas de mercadorias tributadas, 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, e pela falta de recolhimento do imposto em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, em razão dos demonstrativos anexados à autuação não terem sido entregues em meio magnético em formato texto editável.

Ocorre que os demonstrativos da autuação são documentos simples, sem grandes cálculos ou volumes de dados que pudessem resultar em cerceamento de defesa, considerando ainda que o Autuado não apresentou nenhum documento que pudesse elidir a ação fiscal, tendo inclusive embasado o Recurso Voluntário com argumentos relativos a uma acusação não relacionada a nenhuma das 5 (cinco) infrações do Auto de Infração.

Quanto ao argumento de que a intimação da autuação não poderia ter sido efetuada por um Servidor não integrante dos cargos do Grupo Ocupacional Fisco, ressalto que não há nenhuma norma prevendo tal situação, devendo ser considerado ainda que não consta nenhuma intimação pessoal relacionada a este Auto de Infração, pois a intimação para cientificação do início da ação fiscal foi feita por edital e as demais intimações foram efetuadas via postal, com AR.

Portanto, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Destaco que os Acórdãos acostados se referem à falta de demonstração adequada da base de cálculo do imposto, o que não se amolda ao presente caso.

Afasto as nulidades suscitadas.

No mérito, conforme já explicado, o Autuado se defendeu como se tivesse sido acusado de omissão de entradas e/ou saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, quando as acusações se referem a falta de recolhimento e recolhimento a menor do imposto em razão da falta de emissão de documentos fiscais, apurado 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.

Todos os relatórios foram devidamente anexados aos autos e demonstram claramente o cometimento das infrações.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 218056.0001/19-9, lavrado contra **OLIVEIRA BRANDÃO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 60.189,54**, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS