

PROCESSO - A. I. Nº 211322.0038/18-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BASTOS ALMEIDA E CIA. LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0145-03/23-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/03/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0028-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 4. OPERAÇÕES TRIBUTADAS NÃO SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DECLARADAS COMO SE O IMPOSTO JÁ TIVESSE SIDO ANTECIPADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Mantido o acórdão que acolheu revisão fiscal realizada pelo autuante e não questionada pelo sujeito passivo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata(m)-se de Recurso(s) de Ofício interposto(s) em face do Acórdão nº 0145-03/23-VD proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 24/08/2018 no valor histórico de R\$ 151.046,28, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01 – 17.02.01 – Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014; janeiro, março a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$ 10.376,57. Multa de 75%.

Infração 02 – 17.03.16 – Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses janeiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$ 59.224,57. Multa de 75%.

Infração 03 – 17.03.20 – Omissão de receita comprovada pela existência de suprimento de caixa de origem não comprovada, sem dolo, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$ 61.630,10. Multa de 75%.

Infração 04 – 17.04.01 – Falta de recolhimento do ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado, nos meses de janeiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$ 19.815,04. Multa de 75%.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

Observe que em relação ao Auto de Infração, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterà a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação. A autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante, a indicação da infração e a descrição dos fatos foram

efetuadas de forma compreensível; foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos fiscais.

Os equívocos detectados no levantamento fiscal foram devidamente saneados pela diligência fiscal solicitada por esta 3ª JF, nos termos preconizados pelo § 1º, do art. 18, do RPAF/99.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entendeu serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a fiscalização apurou 04 infrações à legislação tributária. O Autuado foi acusado de: Infração 01 – 17.02.01- recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do imposto, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor; Infração 02 – 17.03.16 - Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões; Infração 03 – 17.03.20: Omissão de receita comprovada pela existência de suprimento de caixa de origem não comprovada, sem dolo; Infração 04 – 17.04.01: Falta de recolhimento do ICMS, em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado.

O defendente rebateu o lançamento de ofício, apontando equívocos no levantamento fiscal. Disse que a ação fiscal não merece prosperar, devido à falta de certeza do valor apurado como devido. Afirmou que o Autuante considerou que todos os valores das vendas mensais apresentados pelas operadoras de cartão (Anexo 01), foram considerados como receitas omitidas. Apontou valores apresentados nas PGDAS superiores as informações apresentadas pelas operadoras. Sustentou a existência de erros matemáticos por parte do fisco, na elaboração dos demonstrativos que sustentam o Auto de Infração.

Acrescentou que na infração 02 (17.03.16), também houve inconsistências nos valores informados, onde se cobra duas vezes a mesma competência de PGDAS, e na infração 03 apontou também incongruências, havendo mais uma cobrança indevida, duplicidade de valores na autuação.

Informou que outro ponto que merece ênfase, é que o Autuante não fez a apuração considerando a soma das compras de mercadorias por ST, que pelo livro Registro de Entradas, são lançadas com o CFOP 2403 ou 1403, na apuração da infração 03.

Comentou que não há clareza por parte do Fisco, dos parâmetros utilizados para o levantamento de tais apurações. Ressaltou que os novos tributos lançados demonstram uma clara hipótese de lançamento em duplicidade (bis in idem), vedado pela legislação vigente.

Concluiu que, no caso em exame, nos moldes como foi apurado o quantum devido no referido Auto de Infração, mostra-se inadequada a metodologia de cálculo utilizada, haja vista que traz incerteza quanto ao valor efetivamente devido. Apensou elementos no intuito de comprovar suas assertivas.

Em sede de informação fiscal, o Autuante declarou que pelo reexame dos fatos e das descrições das infrações apuradas, realmente identificou a existência de duplicidade em valores. Assim, efetuou análise dos dados e promoveu o refazimento de todas as ações na execução do programa AUDIG, quando foram aplicados dois roteiros (caixa e omissões nas vendas com cartões).

Dessa forma, disse que constatou que houve verdadeiro bis in idem com o lançamento destas duas exações, e as mesmas foram sanadas, com a exclusão de uma das infrações, pois o roteiro de fiscalização de Caixa, aglutina também, as informações das vendas com cartões.

Assim, esclareceu que executando o roteiro de fiscalização de Caixa, efetuou análise pormenorizada com o refazimento de todas as ações que resultaram na geração de novos anexos e demonstrativos, produzindo no presente lançamento, a identificação de apenas duas irregularidades: infração 03 -17.03.20. ICMS Omissão de Saída / Suprimento de Caixa de Origem Não Comprovada e infração 04 - 17.04.01- ICMS Substituição Tributária Indevida.

Analizando os elementos que emergem do contraditório, verifico que foram realizadas duas análises pela fiscalização, sobre a regularidade das infrações apuradas em ação fiscal, diante da legislação de regência e dos argumentos e provas trazidas pelo defendente.

A primeira, realizada pelo próprio Autuante em informação fiscal, informando que reexaminou os fatos e as descrições das infrações apuradas, e identificou a existência de duplicidade em valores pelo que, efetuou

análise dos dados e promoveu o refazimento de todas as ações na execução do programa AUDIG. Assim, após os fatos relatados, rechaçou as infrações 01 e 02 por serem improcedentes e apontou como remanescentes apenas as infrações 03 e 04: Omissão de Saída/Suprimento de Caixa de Origem Não Comprovada e ICMS Substituição Tributária, respectivamente.

Após a informação fiscal, o Autuado voltou a contestar a autuação, e em manifestação frisou que não havia falhas em sua prestação de contas, pois os mesmos valores de Entradas e Saídas lançados no livro Caixa conferem com a receita informada na PGDAS e DEFIS e o Fisco apresentou planilhas com movimento econômico, em que teria computado divergências quando feitas comparações entre NFe x Compras x NFe Vendas.

Ante os argumentos da defesa e as inconsistências verificadas no levantamento que dá suporte a infração 03 (Suprimento de Caixa), a 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Inspeção de origem para regularização de tais equívocos.

Dessa forma, a segunda análise do presente lançamento fiscal foi realizada por preposto da SEFAZ, estranho ao feito, designado pela Autoridade Fazendária, que chegou a seguinte conclusão: afirmou que analisou o presente feito e ante os recálculos efetuados, não constatou omissão de receita nos termos da infração 03 - 17.03.20 – Suprimento de Caixa.

Declarou que, apenas restou constatado a irregularidade apurada na infração 04 - 17.04.01 - receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária, como se o imposto já tivesse sido substituído ou antecipado, decorrente de informação do Contribuinte de vendas tributadas como não tributadas, nas declarações de PGDAS do período fiscalizado. Elaborou demonstrativo da citada infração, ou seja, valores indevidamente considerados pelo Autuado com fase de tributação encerrada.

Neste cenário, observo que primeiramente, o próprio Autuante em informação fiscal, informou que reexaminou os fatos e as descrições das infrações apuradas, e identificou a existência de duplicidade de valores, razão pela qual, rechaçou as infrações 01 e 02 por falta de amparo fático e jurídico.

Em seguida, em diligência fiscal realizada por preposto do fisco, ante a análise dos fatos e das provas coligidas pelo defendente, após a ação fiscal, concluiu pelo afastamento da infração 03, conforme declarou: "... quero ressaltar que dos recálculos efetuados no período fiscalizado não constatei omissão de receita – infração 17.03.20 ..."

Assim, informou que os cálculos foram refeitos e apenas restou constatado a irregularidade apurada na infração 04 - 17.04.01 - receitas de vendas de mercadorias não sujeitas a substituição tributária, como se o imposto já tivesse sido substituído ou antecipado, decorrente de informação do Contribuinte de vendas tributadas como não tributadas, nas declarações de PGDAS do período fiscalizado. Elaborou demonstrativo de débito com estas operações, para os exercícios de 2014 e 2015, remanescendo apenas a infração 04 fls. 1039/1040.

No que diz respeito à infração 04, 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.

Apreciando estes novos elementos, verifico, no entanto, no que tange à infração 04, que o Autuante lançou ocorrências, apenas no exercício de 2014 e não apurou qualquer ocorrência no exercício de 2015. Considerando que o lançamento fiscal não pode ser agravado, declaro a infração 04 procedente, nos termos lançados originalmente pelo Autuante, no valor de R\$ 19.815,04.

Recomendo a autoridade competente, nos termos do art. 21 do RPAF/99, que respeitado o prazo decadencial, verifique a possibilidade de renovar a ação fiscal, com a finalidade de cobrança dos valores referentes ao exercício de 2015, apurados em sede de diligência conforme demonstrativo fl.1039/1040, a fim de resguardar direitos da Fazenda Pública Estadual.

Por fim, o defendente pediu que se afastasse a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos.

Saliento que a penalidade aplicada e os acréscimos legais no presente Auto de Infração são lícitos, visto que a multa aplicada é a legalmente prevista, para a irregularidade apurada, art. 35 da LC 123/06, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação aplicável.

Nessa toada, por todos os elementos constantes no presente processo, declaro as infrações 01, 02 e 03 insubsistentes e a infração 04 é procedente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A JJF interpôs Recurso de Ofício.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 06/02/2024.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, passo ao exame do mérito.

Entendo que a Decisão recorrida merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

A redução que fundamenta o Recurso de Ofício decorre, inicialmente, de revisão fiscal empreendida pelo próprio autuante, em sede de informação fiscal, quando reconheceu a existência de *bis in idem* em relação às infrações 01, 02 e 03, mantendo apenas as infrações 03 e 04 no lançamento, por compreender que no roteiro de fiscalização de Caixa já estariam aglutinadas as informações das vendas com cartões (fls. 997/1003), o que reduziu a autuação de R\$ 151.046,28 para R\$ 79.175,18.

Este valor, posteriormente, foi reduzido para R\$ 47.051,14 porque diligente estranho ao feito, ao refazer os cálculos em diligência, não encontrou omissão de receita no período fiscalizado, mantendo-se apenas a infração pela substituição tributária indevida (infração 04), limitada pela JJF aos valores correspondentes ao exercício de 2014 (R\$ 19.815,04), uma vez que o exercício 2015 não estava no lançamento e a sua inclusão neste momento representaria um agravamento indevido da autuação.

Portanto, reputo correta a decisão de primeira instância, especialmente por não vislumbrar motivos para me opor às reduções empreendidas em revisão do próprio autuante e de fiscal estranho ao feito e, por consequência, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 211322.0038/18-9, lavrado contra **BASTOS ALMEIDA E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 19.815,04**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS