

PROCESSO - A. I. Nº 152464.0046/18-0
RECORRENTE - FARDAS BAHIA CONFECÇÕES E COMÉRCIO DE ARTIGOS DE VESTUÁRIOS E ACESSÓRIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0261-03/19-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/05/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJP Nº 0166-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS; **b)** OMISSÃO DE RECEITA; **c)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações comprovadas, de acordo com os demonstrativos elaborados pela autuante. Documentos apresentados na defesa não foram computados no levantamento fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 28/09/2018, exigindo ICMS no valor de R\$ 103.484,37 acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes infrações:

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 (agosto/2015 a dezembro de 2017) - R\$ 9.384,55.

Infração 02 – 17.03.12: Omissão de receita apurada por meio de levantamento fiscal, sem dolo. Recolhimento a menos do ICMS em razão de divergência entre o valor declarado no PGDAS e os documentos fiscais emitidos, nos meses de julho/2015 a dezembro de 2017 - R\$ 92.933,20.

Infração 03 – 17.05.01: Falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de julho e agosto de 2017 - R\$ 1.166,52.

Na decisão proferida (fls. 531 a 536) foi apreciado que:

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, pois 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 acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a Infração 01 trata de 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 agosto de 2015 a dezembro de 2017.

Infração 02 – 17.03.12: Omissão de receita apurada por meio de levantamento fiscal, sem dolo. Recolhimento a menos do ICMS em razão de divergência entre o valor declarado no PGDAS e os documentos fiscais emitidos,

nos meses de julho de 2015 a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 92.933,20.

Infração 03 – 17.05.01: Falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de julho e agosto de 2017.

Observo que o Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

O regime de apuração do imposto, estabelecido no Simples Nacional, leva em consideração no cálculo do valor devido mensalmente, a receita bruta auferida no mês, incidindo sobre esta receita bruta a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 da Lei Complementar 123/06.

O defendente alegou que, ao emitir nota fiscal referente a venda de mercadorias, muitas vezes, devido ao atraso na entrega, avarias, devoluções e/ou exigências de seus clientes, não fez o necessário registro.

Disse que o erro foi não ter recebido a nota fiscal de devolução por parte do cliente, ou emitido uma nota fiscal de retorno da mercadoria, fazendo com que o faturamento de um pedido dobrasse ou até triplicasse, ou seja, foi emitida mais de uma nota fiscal referente a uma mesma transação. Na maioria dos casos, a mercadoria permanecia de posse do cliente, e ele aguardava apenas a emissão de uma nova nota fiscal para que pudesse ser realizado o pagamento.

Na informação fiscal, prestada por estranho ao feito, foi ressaltado que no intuito de livrar-se do pagamento do tributo constituído, o defendente expressa que pode comprovar a situação descrita acima com a existência de inúmeras notas fiscais que possuem o mesmo cliente, produto, valor, como também, em alguns casos, o mesmo número do pedido. Porém, não apresenta qual a numeração das notas a que se reporta, casando-as com as respectivas provas para dar suporte à sua argumentação.

O preposto fiscal estranho ao feito informou que, compulsando folhas anexas à defesa do autuado, foram encontradas algumas cópias de e-mail que travam conversas atinentes a substituições de notas que já emitidas. Todavia, estas não apresentam caráter de alterar o montante tributário apurado por meio deste auto de infração, uma vez que todas as notas passíveis de substituição por outra, segundo as correspondências apensadas à defesa, não fizeram parte do levantamento da fiscalização aqui questionado.

No caso de devolução, o estabelecimento que devolver mercadorias deve emitir nota fiscal mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário; o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o ICMS. Em relação ao retorno de mercadorias, o estabelecimento que receber mercadoria em retorno que, por qualquer motivo não tenha sido entregue ao destinatário, deverá emitir Nota Fiscal por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário. Ou seja, quando há devolução ou retorno de mercadorias, tais fatos devem ser comprovados por meio do respectivo documento fiscal e escrituração fiscal. Tudo conforme estabelecem os arts. 450 a 455 do RICMS-BA/2012.

Se houve emissão dos mencionados documentos fiscais, mas o fez em desacordo com o que determina a legislação tributária, no sentido de não permitir confrontar a mercadoria vendida com a devolvida, relativamente aos dados que deveriam constar nas notas fiscais emitidas para comprovar as mencionadas devoluções e retornos, as comprovações apresentadas não são acatadas.

A Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

O DANFE é uma representação gráfica simplificada da NF-e e tem como funções, dentre outras, conter a chave de acesso da NF-e (permitindo assim a consulta às suas informações na Internet). A mercadoria deverá circular sempre acompanhada da via única do DANFE.

É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos, e o DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso.

O art. 92 do RICMS-BA/2012 prevê que, após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior ao máximo definido em Ato COTEPE, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação do serviço. Portanto, já tendo ocorrido a circulação das mercadorias, não há possibilidade de cancelamento do documento fiscal.

O defendente alegou que, em razão do princípio da verdade material que norteia o processo administrativo, deve ser feito o lançamento baseado na efetiva movimentação financeira da empresa, colocando à disposição do Fisco os extratos da movimentação bancária do período fiscalizado, ainda que tal procedimento seja

realizado por estranho ao feito, levando em consideração, ainda, as correspondências e e-mails acostados aos autos para fins de elucidação do quanto alegado.

Observo que o levantamento fiscal não foi realizado para recompor o fluxo caixa da empresa autuada, apuração efetuada mediante a verificação da regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente. É analisada a escrituração dos ingressos e desembolsos de valores e a respectiva documentação regular.

No caso em exame, consta, na descrição dos fatos, que a empresa efetuou recolhimento a menos do ICMS Simples Nacional, referente à diferença da base de cálculo apurado através de divergência entre o valor declarado no PGDAS e documentos fiscais emitidos.

Também consta a informação de que o autuado deixou de recolher o ICMS do Simples Nacional, em razão de considerar receita tributável como não tributável.

Neste caso, trata-se de exigência de imposto que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que o impugnante não exibiu provas suficientes de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Entendo que estão caracterizadas as infrações apontadas no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborado pela autuante, tendo sido apurado o débito considerando a condição do autuado como optante pelo Simples Nacional. Mantidas as exigências fiscais.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O estabelecimento autuado foi intimado em 17/02/2020 (fl. 541) por meio do DTE para tomar conhecimento do julgamento, com indicação do prazo de vinte dias para interpor recurso.

Em 15/07/2020 (fl. 547-A) a Coordenadora da NCA da PGE/PROFIS/NCA juntou às fls. 548/550 cópia do Processo SEI nº 006.0400.2020.0013820-04 pedido de Controle de Legalidade.

A Procuradora do Estado Ana Carolina Isabella Moreira (fls. 565/567) mediante Parecer nº 37/2020 apreciou o pedido afirmando que “o contribuinte foi intimado da ciência do julgamento através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE)”, tendo promovido a leitura no dia 18/02/2020 conforme documento de fl. 541, consignando expressamente prazo de 20 (vinte) dias para interpor recursos nos termos do art. 171 do RPAF/BA.

Concluiu que não vislumbra qualquer nulidade da intimação efetuada pela Administração Fazendária, motivo “pelo que entendemos deva ser rejeitado o pedido do contribuinte, prosseguindo-se na cobrança do crédito tributário”.

A Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos da PGE/PROFIS/NCA em despacho de fl. 568, de 02/09/2020, acolheu o Parecer nº 37/2020 acima mencionado.

A PGE/PROFIS em 03/09/2020 (fl. 712) cientificou o contribuinte por meio do DTE do Parecer 37/2020 e acolhimento da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA.

O processo foi encaminhado ao CONSEF (fls. 569/712).

Em 31/08/2020 o sujeito passivo protocolou juntada de Recurso Voluntário (fls. 713/721) alegando sua tempestividade conforme intimação feita por meio dos Correios indicando suspensão de contagem de prazo (Decreto nº 19.572/2020 e 19.886/2020) atendendo a intimação de 10/07/2020 (fl. 725 e postagem de entrega da intimação de fl. 722).

O processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 27/02/2024 e por decisão unânime foi decidido pela não realização de diligência solicitando Parecer da PGE/PROFIS, por entender que os mencionados Decretos suspenderam os prazos processuais e considerado tempestivo o Recurso Voluntário.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 714 a 721), o recorrente inicialmente ressalta a sua tempestividade visto que foi intimada por AR em 23/07/2020 e requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, III do CTN.

Discorre sobre as infrações, argumentos apresentados na defesa, fundamentos da decisão em

primeira instância que entende deva ser reformado conforme passou a expor.

Preliminarmente suscita a nulidade sob alegação de cerceamento do direito de defesa (art. 5º, LIV e LV da CF) por descumprir normas processuais que asseguram o amplo contraditório e processo legal, em busca da verdade material.

Argumenta que na situação presente o julgamento fundamentou que carecia de prova as alegações de notas fiscais em duplicidade, triplicidade, canceladas, que foi justamente o pedido de realização de diligência por fiscal estranho ao feito, inclusive pela aposentadoria da autuante.

Alega que se analisado as provas mediante diligência fiscal, poderia elidir as infrações ou reduzir em parte, dentro da legalidade prevista no RPAF/BA, mas foi indeferida.

Requer que os autos sejam convertidos em diligência fiscal, sob pena de comprometer o seu direito de defesa ou reconhecida a nulidade nos termos dos artigos 147 e 18, II do RPAF/BA.

No mérito, discorre sobre o ICMS, incidência, fato gerador, inclusive sobre importação de mercadorias do exterior.

Ressalta que a nota fiscal eletrônica é emitida e armazenada eletronicamente, para documentar operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços, cuja validade jurídica é garantida por assinatura digital, constituindo uma obrigação acessória a sua emissão, não necessariamente que implique em fato gerador do ICMS.

Requer provimento do Recurso Voluntário para reformar a decisão de Primeira Instância.

O processo foi submetido a pauta suplementar em 27/02/24 e a 2ª CJF indeferiu a diligência fiscal proposta a PGE/PROFIS em relação ao indeferimento do Processo de Controle de Legalidade.

VOTO

Inicialmente ressalto que o contribuinte foi intimado pelo DTE em 18/02/2020 (fl. 541) para tomar conhecimento do julgamento em Primeira Instância e não tendo interposto Recurso Voluntário, requereu Controle de Legalidade (fls. 548/550) no processo SEI nº 006.0400.2020.0013820-04, que foi indeferido pela PGE/PROFIS/NCA (fls. 565/567) mediante Parecer nº 37/2020 (fl. 568).

Concomitantemente a Secretaria do CONSEF em 23/07/2020 intimou o sujeito passivo para tomar conhecimento do julgamento por meio dos Correios (AR) conforme documentos de fls. 722/724 e o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 713/721).

Pelo exposto, considerando que os Decretos nºs 19.572/2020 e 19.886/2020 suspenderam a contagem do prazo para apresentação de impugnação e interposição de recursos, considero tempestivo o Recurso Voluntário interposto, afastando o indeferimento do Processo analisado pela PGE/PROFIS.

Preliminarmente quanto a nulidade suscitada sob alegação de cerceamento do direito de defesa, observo que na impugnação inicial foram juntados documentos fiscais e apresentado alegações (fls. 137 a 517), que foram contestados na informação fiscal (fls. 524 a 526), relatados no Acórdão 0261-03/19 (fls. 534/536) e apreciado na decisão recorrida. Como não foi apresentado nenhum fato ou argumento novo, entendo que não ocorreu o alegado cerceamento do direito de defesa.

Fica rejeitada a nulidade suscitada.

No tocante ao pedido de realização de diligência fiscal, observo que conforme apreciado na decisão recorrida, os elementos constantes nos processo são suficientes para as conclusões acerca da lide. Fica indeferido o pedido com base no art. 147, I do RPAF/BA.

No mérito, o recorrente no pedido de diligência fiscal alegou que não foram consideradas as notas fiscais emitidas em duplicidade, triplicidade, devoluções, etc, sem apontar de forma objetiva números e erro no levantamento fiscal.

Observo que o Auto de Infração acusa o cometimento de três infrações:

- 1 - Recolhimento efetuado a menos do ICMS declarado no Simples Nacional (2015/2017);
- 2 - Omissão de receita apurada em razão de divergência entre o valor declarado no PGDAS e os documentos fiscais emitidos (2015/2017) e
- 3 - Falta de recolhimento do ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (2017).

Todas infrações fazem se acompanhar de demonstrativos (fls. 14 a 40), relatórios de arrecadação (fls. 41 a 45) e cópias do Livros Fiscais do estabelecimento autuado, nos quais foram coletados os dados (fls. 46 a 98).

Com relação as notas fiscais que a empresa alega ter sido computado em duplicidade, triplicidade e devoluções, observo que no julgamento de Primeira Instância foi relatado que conforme informação fiscal, foi indicado a situação de cada nota fiscal apresentada, cujo teor reproduzo em parte (fl. 533):

São elas: Na folha 143, a nota 1859, de 19/12/2016, não fora inclusa na apuração, visto que aquela documento fora considerado substituído outro de número 1913, de 12/01/2017. (vide lista de:

A nota nº 1910, de 10/01/2017, conforme aventado na folha 137, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 1912, de 10/01/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 1784, de 28/11/2016, conforme aventado na folha 260, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 1911, de 12/01/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 1933, de 23/01/2017, conforme aventado na folha 147, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 1971, de 02/02/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 1857, 19/12/2016, conforme aventado na folha 137, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da a nota nº 1952, de 26/01/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 1874, de 19/12/2017, conforme aventado na folha 280, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da a nota nº 1995, de 09/02/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 1123, de 05/03/2017, conforme aventado na folha 145, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 2123, de 05/04/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 2071, de 15/03/2017, conforme aventado na folha 155, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 2244, de 01/06/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 2473, de 20/09/2017, conforme aventado na folha 178, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 2514, de 09/10/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

As nota nº 2569 e 2534, conforme aventado na folha 188, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 2605, conforme aventado na folha 196, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 2626, de 07/12/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 2576, conforme aventado na folha 196, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 2626, de 07/12/2017 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 1178, de 20/11/2016, conforme aventado na folha 257, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 1831, de 20/11/2016 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

A nota nº 1748, de 29/10/2016, conforme aventado na folha 253, também não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº 1821, de 05/12/16 (vide lista de notas emitidas no cd, folha 107).

Constatou que na impugnação apresentada foi alegado duplicidade, triplicidade, mas não indicou qualquer nota fiscal.

Entretanto, juntou cópias de email encaminhado para o autuante (fl. 137, 145...) e cópias de notas fiscais (fls. 180 a 313) e demonstrativos. De um modo geral, o autuante contestou os documentos apresentados na defesa, justificando que diversas notas fiscais *“não fora inclusa na apuração, visto que aquele documento fora considerado substituído outro de número”* e que a nota fiscal *“... não faz parte do levantamento fiscal componente deste auto de infração. O tributo fora cobrado por meio da nota nº ...”*.

Pelo exposto, constata-se que tendo sido cientificado o estabelecimento autuado do resultado do julgamento em primeira instância (Acórdão JJF 0261-03/19), no qual consta as informações de que os documentos fiscais apresentados na defesa não compuseram a base de cálculo do ICMS exigido, caberia ao recorrente apresentar provas em contrário para subsidiar suas alegações.

Como isso não ocorreu, implica em simples negativa de cometimento da infração, que a luz do art. 143 do RPAF/BA não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, mesmo porque trata-se de documentos fiscais de posse do estabelecimento autuado, que detém a sua escrituração e poderia apresentar a prova em contrário. Não tendo o feito, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/BA).

Face ao 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 **152464.0046/18-0**, lavrado contra **FARDAS BAHIA CONFECÇÕES E COMÉRCIO DE ARTIGOS DE VESTUÁRIO E ACESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 103.484,37**, 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, 22 de abril de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS