

A. I. N°	- 436491.0026/20-0
AUTUADO	- FERRARA CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE	- MÉRCIA DOS PRAZERES BRAMONT
ORIGEM	- DAT METRO / INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 06/12/2024

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0256-04/24-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. INFORMAÇÃO DA RECEITA; **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OMISSÃO DE RECEITAS DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Infrações elididas, após preposto fiscal estranho ao feito comprovar a inclusão da referida receita às receitas declaradas e tributadas pelo Regime do Simples Nacional. Itens insubsistentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 13/08/2020, para exigir ICMS de R\$ 117.057,11, acrescido da multa de 75%, conforme levantamento às fls. 10 a 34 dos autos, sob as acusações de:

Infração 01 – 17.02.01: Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado, no valor de R\$ 11.442,87, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, no período de fevereiro a dezembro de 2017; abril a dezembro de 2018; março, abril e junho a dezembro de 2019, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e /ou de alíquota aplicada a menor.

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, em todos os meses dos exercícios de 2017 a 2019, sendo exigido o ICMS de R\$ 105.614,24.

O autuado, através do seu patrono devidamente habilitado, apresentou defesa às fls. 41 a 47 dos autos, na qual, inicialmente, arguiu a nulidade do lançamento de ofício sob a alegação de falta de competência do autuante, agente de tributos, para lavrar o Auto de Infração, eis que, nos termos da ADIN nº 4233, fora reconhecida a inconstitucionalidade do art. 24 e do Anexo V da Lei nº 8.210/2002, bem como os incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.470/2009, que retiraram atribuições privativas dos Auditores Fiscais da Bahia, conferindo aos Agentes de Tributos atribuições para lavrar Autos de Infração, do que invoca o art. 18, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que assegura que são nulos os atos praticados por servidor incompetente.

Em outra vertente, alega a improcedência do Auto de Infração, na medida em que não foram considerados pela fiscalização todos os registros, emissão de nota e pagamento do ICMS relativos a todas as vendas realizadas via cartão de crédito, do que destaca que a autuante soma receita declarada pelo contribuinte (receita real total = vendas em cartão + vendas em dinheiro), com as informações prestadas pelas operadoras de cartão, chegando a um faturamento que, literalmente, não existe, tributando como omissão todo o valor informado pelas referidas operadoras, eis que, o valor informado pelas operadoras de cartão já está incluso no faturamento informado/declarado pelo contribuinte. Como prova diz que o faturamento informado é, em todos os meses, superior àquele informado pelas administradoras do cartão, cuja diferença trata-se de vendas em dinheiro.

Em consequência, o suposto recolhimento a menor do ICMS inexistiu, pois, essa diferença decorre

de erro cometido na infração anterior, ensejando uma cobrança de uma suposta diferença na alíquota praticada, eis que a alíquota do Simples Nacional é progressiva.

Por fim, registra que, muitas das competências indicadas no Auto de Infração, foram objeto de retificação e parcelamento, realizados em 19.11.2018, conforme extrato, demonstrando que inexiste diferença a recolher.

Pugna pela improcedência do Auto de Infração e, em caso de dúvidas, a conversão do processo em diligência para revisão da fiscalização, assim como inclusão do e-mail: daniel_leal@hotmail.com para acompanhar andamento do processo, intimações e publicações, sob pena de nulidade.

Preposto fiscal estranho ao feito, em razão da aposentadoria da autuante, apresentou informação fiscal, às fls. 65 e 66 dos autos, na forma a seguir transcrita:

“Senhores Julgadores

- 1- Considerando que no exercício de 2017 a autuada vendeu através de cartão de crédito/débito o valor de R\$ 1.168.819,20 e declarou em PGDAS junto a Receita Federal o valor de R\$ 1.236.510,16, ou seja, uma receita bem maior que a venda com cartão de crédito/débito. (Folhas 10 e 11).
- 2- Considerando que no exercício de 2018 a autuada vendeu através de cartão de crédito/débito o valor de R\$ 1.214.627,62 e declarou em PGDAS junto a Receita Federal o valor de R\$ 1.322.106,68, ou seja, uma receita bem maior que a venda com cartão de crédito/débito. (Folhas 18 e 19).
- 3- Considerando que no exercício de 2019 a autuada vendeu através de cartão de crédito/débito o valor de R\$ 1.082.208,59 e declarou em PGDAS junto a Receita Federal o valor de R\$ 1.193.957,94, ou seja, uma receita bem maior que a venda com cartão de crédito/débito. (Folhas 26 e 27).
- 4- Considerando que a autuada solicitou um parcelamento junto à Receita Federal em 19/11/2018 e constituição do crédito foi feita de forma equivocada em 13/08/2020. (Folhas 38).
- 5- Considerando que quando das vendas a autuada deixou de emitir o documento fiscal, mas fez as declarações em PGDAS sempre a maior do que constava no TEF. Neste caso caberia apenas penalidade fixa por falta de emissão de documento fiscal.
- 6- Considerando que a autuada fez todas as suas declarações em PGDAS via Receita Federal colocando suas vendas sem substituição tributária.
- 7- Considerando que a autuada ao fazer suas declarações via Receita Federal, declarou os valores de forma correta e o sistema da Receita é que de forma automática aplica a alíquota.
- 8- Considerando que as infrações aplicadas a autuada não devem prosperar, ao tempo em que opinamos pela Improcedência do Auto de Infração.”

É o relatório.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Daniel Moitinho Leal, OAB/BA nº 20.893, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 117.057,11, em razão da constatação de duas infrações, conforme documentos às fls. 10 a 34 dos autos, sendo a segunda decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada através de receita de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, informada pela administradora de cartões, não declaradas pelo contribuinte, conforme prevista no art. 4º, § 4º, VII, da Lei nº 7.014/96, apurado dentro do tratamento diferenciado dispensado para o optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, estabelecido pelo art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, implicando na falta de recolhimento do ICMS de R\$ 105.614,24, referente aos exercícios de 2017 a 2019, como também para exigir o valor de R\$ 11.442,87, quanto à primeira infração, por ter recolhido a menos ICMS inerente ao Simples

Nacional, devido erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, que o contribuinte deixou de fazer, no citado período.

Inicialmente, quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração sob a alegação de falta de competência da autuante para realizar o lançamento de ofício, eis que, nos termos da ADIN nº 4233, fora reconhecida a inconstitucionalidade do art. 24 e do Anexo V da Lei nº 8.210/02, bem como os incisos I e II do art. 2º da Lei nº 11.470/09, que retiraram atribuições privativas dos Auditores Fiscais da Bahia, conferindo aos Agentes de Tributos atribuições para lavrar Autos de Infração, temos a dizer que tendo o STF, por unanimidade, acolhido parcialmente os Embargos de Declaração postos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, para, modulando os efeitos da decisão embargada, conceder-lhe efeitos *ex tunc* a partir da data da publicação do acórdão embargado e, assim, com base na decisão tomada (no dia 20/11/2023), é possível concluir que a Corte Suprema modulou os efeitos da sua anterior decisão de mérito (DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 29/04/2021 - ATA Nº 70/2021. DJE nº 80, divulgado em 28/04/2021) para que somente produzisse efeitos a partir de 29/04/2021 em diante (sem, portanto, retroagir). Nesse sentido, os autos de infração lavrados pelos Agentes de Tributos Estaduais, anteriores ao dia 29/04/2021, NÃO são afetados pela decisão do STF, devendo, o CONSEF, avaliar regularmente a pertinência (ou não) das respectivas exigências tributárias.

Quanto ao pleito do defendant para que a intimação seja feita através do endereço eletrônico daniel_leal@hotmail.com, sob pena de nulidade, recomenda-se que seja atendido, em que pese salientar que, nos termos do art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito, o cerne da lide remanesce tão-somente no fato de: se os valores informados pelas operadoras de cartão já estão inclusos nos faturamentos declarados pelo contribuinte, conforme alegado pelo defendant, ou se tratam de uma receita marginal e, portanto, deve ser acrescida aos valores declarados nos PGDAS, como considerado pela fiscalização (fls. 12 e 13; 20 e 21; 28 e 29).

Válido registrar que - apesar de nos termos do art. 113, § 4º, do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), vigente à época dos fatos geradores, os contribuintes varejistas estarem obrigados a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar as operações, devendo indicar no cupom fiscal o meio de pagamento -, vislumbro que, excepcionalmente neste caso específico, o estranho ao feito, que prestou informação fiscal e, certamente, analisou os documentos fiscais do autuado, de modo incisivo opinou pela improcedência do Auto de Infração, após concluir, em outros dizeres, que os valores informados pelas operadoras de cartão já estão inclusos nos faturamentos declarados, ao considerar que o contribuinte "... declarou em PGDAS junto a Receita Federal (...) uma receita bem maior que a venda com cartão de crédito/débito.".

Assim, por descortinar que, após as devidas análises documentais, o preposto fiscal estranho ao feito concluiu ter comprovada a inclusão da receita informada através das administradoras de cartão às receitas declaradas e tributadas pelo Regime do Simples Nacional, ou via documentos fiscais consignando o pagamento com modalidade de vendas em cartão de crédito/débito ou através de vinculação de documentos fiscais com aquela receita informada naquela data específica, acompanho o opinativo para concluir pela improcedência da autuação, neste caso específico.

Do exposto, diante de todas considerações ínsitas na informação fiscal, voto o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 436491.0026/20-0, lavrado contra **FERRARA CONFECÇÕES 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, 07 de novembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA