

**A. I. Nº** - 2173660004/17-0  
**AUTUADO** - PORTAL DA ECONOMIA COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME  
**AUTUANTE** - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JUNIOR  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 07/03/2018

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0016-05/18**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Rejeitadas as preliminares de nulidade. No mérito, as alegações e argumentos do autuado se fundamentam em uma infração que não consta do presente processo. Infrações não elididas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 27/03/2017, exige ICMS no valor de R\$28.165,86, acrescido da multa de 75%, em razão do cometimento das seguintes infrações:

Infração 1 – 17.01.01 – “Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional”. Nos meses de junho e agosto a novembro de 2014; fevereiro e abril de 2015. Enquadramento Legal: art. 21, I da Lei Complementar nº 123/06. Multa prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, 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 2 – 17.02.01 – “Efetuiu recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos 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 e/ou de alíquota aplicada a menor”. Nos meses de janeiro a março e agosto a novembro de 2014; fevereiro e abril de 2015. Enquadramento Legal: art. 21, I da Lei Complementar nº 123/06. Multa prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, 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 impugna o lançamento às fls. 110 a 114, dizendo que a Administração Fazendária identificou a infração prevista no Art. 21, I, da Lei Complementar nº 123/06, a responsabilidade fiscal pela *"omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito"*, no importe histórico de R\$25.630,29, infração numerada em 01.

Aduz que após a intimação, o preposto fiscal, iniciou o seu procedimento de auditoria através da análise de Relatório Diário Operações TEF protegido por sigilo fiscal e supostamente fornecido pelas operadoras de Cartão de Crédito.

Acrescenta que a metodologia adotada pelo autuante consubstancia-se num procedimento de auditoria por circularização que pressupõe a obtenção de informações prestadas e validadas por terceiros independentes, que não tem interesse nas operações fiscalizadas pela Administração Fazendária.

Entende que o elemento essencial à lisura das informações prestadas e a validade do procedimento de auditoria, nos moldes acima, seria a validação dos dados pelas entidades informantes.

Reclama que o preposto fiscal se valeu de informações mantidas e produzidas nos bancos de dados da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sem que houvesse, nos autos do

procedimento administrativo fiscal, qualquer documento ou manifestação da indicada fonte dos dados que serviram para a autuação, que comprovasse a origem e a qualidade da matéria coletada.

Transcreve os Arts. 108, 131 e 180 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia e o art. 239, do Código de Processo civil, pedindo a nulidade da autuação.

Declara que depois de constatada a frustração na intimação do sujeito passivo e os responsáveis tributários apontados como sujeitos responsáveis pelo crédito fiscal, o autuante deveria ter procedido a ordem estabelecida no RPAF, esgotando todos os meios necessários à intimação regular, quer seja para apresentação de livros e documentos, quer seja dos demais atos. Diz que como não obteve êxito na intimação por A.R., deveria ter procedido a intimação por edital, como manda o RPAF, em seu art. 108, ou até intimado os corresponsáveis pela via ordinária ou via editalícia.

Aduz que os relatórios TEF não contém subscrição, fato que vicia a autenticidade dos documentos, contrariando pressupostos de existência e validade da prova documental utilizada como elemento essencial ao lançamento de ofício. Reclama de quebra do sigilo fisco do contribuinte, dizendo que ocorreu ao arrepio da Lei Complementar nº 105/2001.

Alega que foi utilizada como metodologia de apuração a figura de auditoria denominada Circularização, que consiste em obtenção de declaração formal e independente, de pessoas não ligadas ao órgão/entidade, seja por interesses comerciais, afetivos, etc., de fatos ligados às operações do mesmo. Acrescenta que a colheita de informações de terceiro alheio à presente relação, pressupõe independência e legitimidade das informações prestadas, seja mediante validação, assinatura e comprovação da procedência do documento.

Argumenta que o convênio firmado entre o Estado da Bahia e as instituições financeiras prevê que os dados seriam fornecidos exclusivamente pelas instituições de cartão de crédito/débito, mas sempre com a validação destas e não como pretende o Estado da Bahia, utilizando dados imprecisos e de origem duvidosa, em relatórios próprios que não legitimam os dados ali constantes para lastrear um Auto de Infração.

Considera que o Estado inverte o ônus da prova, o que contraria a teoria das provas, porquanto é dever do autor, *"in casu"* o Estado, comprovar os vícios e erros anteriormente ocorridos e proceder a constituição do crédito.

Reclama, ainda, que o autuante exige o pagamento da diferença de ICMS do Simples Nacional com valores muito acima daqueles efetivamente recolhidos. Cita como exemplo as competências de janeiro e março de 2015, dizendo que foi reconhecido que esta cobrança é de competência da Receita Federal.

Salienta, ainda, que o autuante não apresentou em sua ação fiscal os dados constantes da arrecadação e recolhimento de tributos estaduais, como forma de sustentar a imputação colimada, inquinando, portanto, em nulidade da infração apontada.

Ao final, requer que a presente defesa seja acatada em sua inteireza, julgando improcedentes por nulidade, as cominações apontadas.

O autuante presta informação fiscal fls. 134/136, dizendo que o autuado em sua peça defensiva identificou erroneamente as infrações que foram tipificadas no Auto de Infração, ao basear sua defesa em uma única infração, qual seja: a de “omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão”.

Acrescenta que do mesmo modo, considerou o valor total do lançamento como sendo referente a uma única infração, quando, em verdade, são duas as infrações que constam dos autos.

Entende que, dessa forma, todas as alegações e argumentos do autuado que tem como fundamento uma infração que não consta do Auto de Infração, não deverão, ser considerados, uma vez que não tem pertinência ao objeto do Auto de Infração ora tratado.

Aduz que as duas infrações constantes dos autos não foram sequer consideradas na peça defensiva, tanto que o autuado desenvolve linhas de argumentação e alegações, considerando que foi penalizada por *“omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”*, quando, em verdade, foi autuada por omissão de recolhimento do ICMS Simples Nacional e recolhimento a menor do referido imposto, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor.

Constata que o autuado faz referência ao *“importe histórico (sic) de R\$25.630, 29”*, o qual corresponde ao valor apurado relativo à Infração 1, do Auto de Infração, permanecendo silente, em todo o teor de sua peça defensiva, a respeito da Infração 2, cujo valor histórico é R\$2.535,27.

No que diz respeito à alegação defensiva de falta de intimação por edital, informa que à fl. 27 do presente PAF, encontra-se a cópia do Edital de Intimação nº 06/2017, o que torna insubsistente tal alegação. Acrescenta que nas diligências realizadas, não foi localizado o estabelecimento do contribuinte, nem sequer um local com o número de porta do logradouro que foi indicado pelo autuado como endereço de seu estabelecimento, constante no cadastro da SEFAZ, razão pela qual procedeu-se à intimação, também , por via postal, com A.R.

Aduz que a defesa faz referências conceituais ao procedimento de fiscalização adotado, mas que se referem a procedimentos de auditoria que não foram utilizados no presente caso.

Acrescenta que a afirmação feita pelo autuado de que *“o preposto fiscal se valeu de informações mantidas e produzidas nos bancos de dados da própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia ...”* traduz a incompreensão, pelo autuado, da natureza jurídica da nota fiscal eletrônica, como documento perfeitamente apto a comprovar as operações mercantis realizadas no período fiscalizado.

Expõe que a alegação de que *“os relatórios TEF não contém subscrição, o que vicia a autenticidade dos documentos, contrariando pressupostos de existência e validade da prova documental”*, também são argumentos que não devem ser considerados, eis que se referem a uma infração que não foi objeto do presente Auto de Infração.

Esclarece, ainda, que o programa AUDIG foi gerado e é executado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Que as divergências no recolhimento do ICMS Simples Nacional foram apuradas pelo referido programa, considerando os valores declarados nas DASN pelo autuado, porque, se assim não fosse, ocorreria a sua cobrança em duplicidade.

Ao final, pede a procedência total do Auto de Infração.

## VOTO

O presente processo exige imposto por omissão de recolhimento do ICMS Simples Nacional (infração 1) e recolhimento a menor do referido imposto, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor (infração 2).

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas, haja vista que o procedimento fiscal atende às disposições do art. 39, do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99, apresentando a descrição dos fatos considerados infrações das obrigações de forma clara, precisa e sucinta. Estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não havendo do que se falar em nulidade da autuação.

Vale ainda ressaltar, que à fl. 27 encontra-se a cópia do Edital de Intimação nº 06/2017, o que torna insubsistente a alegação do autuado de que a mesma não ocorreu. Tal recurso previsto no art. 108,

§1º, do mesmo diploma legal acima mencionado, se deu pelo fato do contribuinte não ter sido localizado no endereço constante no cadastro da SEFAZ, razão pela qual se procedeu à intimação, também, por via postal, com A.R.

Em relação às demais arguições preliminares, a defesa faz referências conceituais a procedimentos de auditoria que não foram utilizados no presente caso, não havendo do que se falar também em nulidade.

No mérito, a peça defensiva apresentada pelo autuado, não se coaduna com as infrações mais acima mencionadas, o que evidencia que a mesma seria relativa o outro processo. Nota-se que a mesma identificou erroneamente as infrações que foram tipificadas no Auto de Infração, sendo embasada em uma única e suposta infração, qual seja: a de *“omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão”*.

Portanto, a consequência lógica dos fatos apontados é que todas as alegações e argumentos do autuado se fundamentam em uma infração que não consta do presente processo, não conseguindo, dessa forma, elidir as infrações constantes do processo em lide.

Por outro lado, o autuante demonstrou nos autos a ocorrência tanto da omissão de recolhimento do ICMS Simples Nacional (infração 1), como o recolhimento a menor do referido imposto (infração 2). Acostou às fls. 30 a 32 as relações de DAEs pertinentes aos exercícios fiscalizados, demonstrou que o autuado declarou valores de ICMS Simples Nacional nas DASN muito acima dos efetivamente recolhidos, sendo que as divergências no recolhimento do ICMS Simples Nacional foram apuradas por programa fiscal da SEFAZ, considerando os valores declarados nas DASN pelo autuado.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217366.0004/17-0**, lavrado contra **PORTAL DA ECONOMIA COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.165,86**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2018.

JOÃO VICENTE COSTA NETO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR