

**PROCESSO** - A. I. N° 217438.0009/18-9  
**RECORRENTE** - ELQUISSON RODRIGUES PINTO  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0138-04/19  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 28/01/2021

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0365-12/20-VD

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DE ALÍQUOTA APLICADA A MENOR. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. **b)** PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO POR MEIO DE LEVANTAMENTO DE VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Argumentos defensivos concentrados em arguições de nulidade do lançamento, os quais não foram acolhidos. Mantida a decisão de primeiro grau. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário (fls. 150 a 161) interposto em face do Acórdão em epígrafe, da lavra da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que concluíra em 27/08/2019 pela Parcial Procedência da autuação, ao manter integralmente o valor apurado por meio da infração 01 e, parcialmente, o valor apurado por meio da infração 02, de que foi acusado o Sujeito Passivo.

O Auto de Infração, lavrado em 15/06/2018 e notificado em 19/06/2018 (fl. 09) contém as seguintes acusações:

*Infração 01 – 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”. Valor lançado de R\$40.414,57.*

*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 ou informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo”. Valor lançado R\$38.736,89.*

A defesa, reeditada em sede de Recurso Voluntário, limitou-se a tecer considerações em torno da nulidade da intimação, afastada pelo órgão julgador de piso. Todavia, a parcial procedência deveu-se ao reexame operado em face dos demonstrativos acostados com o Auto de Infração, consoante, consoante fundamentação a seguir transcrita (acórdão de fls. 133 a 140):

### VOTO

*O presente Auto de Infração foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$79.151,46 em decorrência das seguintes acusações:*

*Infração 01 – 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”. Valor lançado de R\$40.414,57.*

*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 ou informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo”. Valor lançado R\$38.736,89.*

*Ambas as acusações foram apuradas com base em levantamento fiscal que comparou as informações encaminhadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito com os documentos fiscais emitidos pelo autuado relacionados a estas operações, sendo constatado, de acordo com os demonstrativos juntados aos autos, que houve omissão de receitas tributáveis por parte do autuado.*

*Em sua defesa esta pugnou pela anulação do Auto de Infração ante a ausência do que chamou de “formalidades legais para sua validade e eficácia”, isto porque, ao seu dizer, quando o Auto de Infração lhe foi apresentado*

*através dos Correios estava desacompanhado dos documentos indispensáveis à comprovação da ocorrência do fato gerador.*

*Não é isto que vislumbro nos autos. Em primeiro lugar a ciência do Auto de Infração foi obtida pessoalmente pelo Sr. Elquisson Rodrigues Pinto, titular do estabelecimento autuado, conforme se verifica à fl. 03 da peça inicial.*

*Também não procede a alegação de que não estava acompanhado de documentos necessários à comprovação dos fatos apurados, na medida em que o Termo de Entrega do Auto de Infração, demonstrativos e planilhas, fl. 09, comprovam que foram também entregues pessoalmente à mesma pessoa acima mencionada, todos os documentos que embasam o lançamento tributário, tais como Planilhas de Cálculo, Demonstrativos de Débito e do Arquivo Magnético contendo Lista de Cupons Fiscais Emitidos, Lista de Documentos Fiscais Emitidos, Relação de Notas Fiscais Eletrônicas de Compras, Relação Notas Fiscais de Saídas e Redução Z e Relatório Diário por Operação TEF, inclusive com registro de que a mídia foi devidamente autenticada pelo validador da Receita Federal, disponibilizado à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.*

*Portanto, afasto esta primeira arguição de nulidade do Auto de Infração.*

*Como segundo argumento visando a nulidade do Auto de Infração o autuado, alega a ocorrência de cerceamento ao seu direito de defesa pois, segundo o mesmo, da documentação que recebeu não há informação suficiente sobre a ocorrência do fato gerador, pois não tem informação acerca da confirmação do recebimento das notas fiscais e não há comprovação de que estão sujeitas ao ICMS ou se mesmo deram entradas em seu estabelecimento.*

*Ora, esta é um questionamento desprovido de qualquer sentido na medida que, em se tratando de contribuinte inscrito no regime do Simples Nacional, a apuração é feita com base na receita bruta que serve para encontrar o percentual do ICMS na cesta dos tributos do Regime Simplificado, ao tempo em que as operações tributadas e isentas são incluídas na base de cálculo, pois a sistemática do Simples Nacional, como já dito, toma como parâmetro a receita bruta mensal auferida, excluindo-se tão somente as mercadorias da substituição tributária, pelo fato de serem tributadas antecipadamente, conforme preceitua a Resolução 51 do CGSN (Comitê Gestor do Simples Nacional) e o Art. 18 da Lei Complementar 123/2006.*

*Também descabe o argumento relacionado a ausência de confirmação de notas fiscais pelo autuado, vez que são utilizados para efeito da elaboração dos cálculos da receita bruta mensal os valores das vendas de mercadorias informados nos documentos fiscais emitidos pelo próprio contribuinte, logo não há que se perquirir as questões trazidas pelo autuado relacionadas a notas fiscais de entradas.*

*Afasto, também, este segundo argumento da defesa relativo a nulidade do Auto de Infração.*

*Como terceiro pedido de nulidade o autuado arguiu a necessidade da dupla visitação ao estabelecimento. A este respeito ressalto que em se tratando de fiscalização relacionada ao ICMS tal argumento não encontra amparo no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA. A este respeito observo que a norma encartada pelo do Art. 55 da LC 123/06 define que a fiscalização, no que se refere aos aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental, de segurança, de relações de consumo e de uso e ocupação do solo das microempresas e das empresas de pequeno porte deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento. E isto fica claro através da leitura dos §§ 1º e 4º deste dispositivo legal, abaixo transcritos:*

*§ 1º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço.*

*(...)*

*§ 4º O disposto neste artigo não se aplica ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40 desta Lei Complementar.*

*Por igual, também afasto este terceiro pedido de nulidade formulado pelo autuado.*

*Outro ponto questionado pela Defesa diz respeito a alegação de que as duas infrações que lhe foram imputadas estão representadas pelo mesmo fato gerador da obrigação tributária, isto é, foi utilizado das diferenças apuradas através do batimento entre o faturamento declarado na PGDAS e aquele apurado através das declarações fornecidas pelas operadoras de cartões de crédito/débito.*

*De fato, ambas as infrações foram apuradas na forma acima descrita, entretanto retratam situações diferentes. Uma trata da exigência relacionada a omissão de receita constatada pela diferença existente entre os valores declarados pelo autuado na PGDAS e aqueles informados pelas referidas administradoras de cartões de crédito, enquanto a outra pelo fato do autuado não ter declarado toda a receita bruta, aplicou alíquotas inferiores às devidas para a apuração do imposto, de modo que incorreu na infração de recolhimento a menor do ICMS. Desta maneira não houve exigência do imposto em duplicidade.*

*Quanto a alegação de que não foram segregadas, da receita bruta apurada pela autuante, os valores referentes as operações envolvendo as mercadorias sujeitas a substituição tributária, também não se confirma visto que está demonstrado nos autos que tal segregação foi efetuada com base nas operações de entradas do autuado,*

consoante a justificativa trazida pela autuante de que “critério este que escolheu em razão do autuado não ter informado a receita de produtos da substituição tributária nos Extratos do Simples Nacional no exercício de 2014 e durante o período de Janeiro a Junho de 2017”, observando ainda que em relação ao período de julho a dezembro de 2017 o autuado indicou percentual de 80% da substituição tributária, incompatível com o percentual encontrado nas entradas, o que denota inconsistência na segregação considerada pelo autuado.

Em razão de concordar com o procedimento adotado pela autuante, afasto também este argumento defensivo.

Convém aqui registrar que, ao contrário do quanto alegado na peça defensiva, os fatos consignados no Auto de Infração foram todos comprovados e adequadamente demonstrados, não havendo ausência de elementos indispensáveis à comprovação desses fatos apurados.

Apesar de o autuado não ter apontado equívocos valorativos no levantamento fiscal, a própria autuante, quando da sua informação fiscal, tratou de reconhecer e corrigir uma questão envolvendo a autuação concernente ao período de junho/17 a dezembro/17 na medida que o autuado, nesse período emitiu NFC-e (Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica) apesar de que as empresas optantes do Simples Nacional só estivessem obrigadas a emissão a partir de 01/01/2019.

Em vista disto, refez seu levantamento, após pesquisa que sustenta ter sido realizado no sistema SEFAZ/BA, confirmando o quanto alegado pela defesa, razão pela qual acolheu a argumentação defensiva e realizou novo batimento no AUDIG, com a inclusão dos valores levantados, ao tempo em que, do resultado encontrado, apurou as situações abaixo em relação ao exercício de 2017, não havendo qualquer contestação pelo autuado a este respeito, tampouco em relação aos valores mantidos referentes ao exercício de 2014:

Não houve omissão de receita oriunda da saída de mercadorias presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito/débito;

- ICMS referente à Diferença de Base de Cálculo – Infração 17.03.12 - no valor histórico de R\$3.222,16;
- ICMS decorrente da substituição tributária indevida – Infração 17.04.01 – no valor histórico de R\$32.905,86;
- ICMS por alíquota aplicada à menor – Infração 17.02.01 – no valor histórico de R\$228,04.

Diante do quadro acima apresentado pela autuante, o qual acolho, e tendo em vista que de acordo com a mesma não houve omissão de receita pelo autuado em relação ao período de junho/17 a dezembro/17, devem ser excluídos do lançamento os seguintes valores:

Infração 01: jul/17 – R\$4.487,93; ago/17 – R\$4.774,92; set/17 – R\$5.248,77; out/17 – R\$6.191,38; nov/17 – R\$7.299,67 e dez/17 – R\$3.879,45, totalizando o valor de R\$37.882,12 a ser excluído nesta infração e neste período. Desta maneira a infração 01 remanesce no valor de R\$2.532,45 referente ao exercício de 2014 que não houve alteração.

Infração 02: jul/17 – R\$4.450,98; ago/17 – R\$4.404,96; set/17 – R\$4.319,42; out/17 – R\$4.975,23; nov/17 – R\$4.310,97 e dez/17 – R\$7.040,53, totalizando a quantia de R\$29.502,09 a ser excluída nesta infração e neste período. Desta maneira a infração 02 remanesce no valor devido de R\$9.234,80 referente ao exercício de 2014 que permaneceu inalterado.

Registro, por fim, que as os valores acima indicados pela autuante (exercício de 2017) para as infrações 17.03.12 (R\$3.222,15), 17.04.01 (R\$32.905,86) e o residual de R\$228,04 referente a infração 17.02.01, deverão ser objeto de reclamação mediante novo levantamento fiscal, se efetivamente devidos, visto que não constam do lançamento inicial ora examinado.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$11.767,25 referente aos fatos geradores apurados no exercício de 2014 e demonstrados na peça inicial.

Com isso, o Sujeito Passivo se viu desonerado ao tempo da decisão de montante da ordem de R\$125.676,21 (fl. 142). Não houve interposição de Recurso de Ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

Regularmente notificado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 150 a 161), reedição da peça de defesa, aduzindo em síntese:

- a) que “não recebeu toda a documentação fiscal necessária para conferência das autuações em seu desfavor”, o que implicaria ofensa ao contraditório e à ampla defesa;
- b) que “a autuante confessou que deixou de apurar os valores constantes das NFC-e emitidas pela recorrente, vindo a contabilizar tão somente após análise da peça de impugnação da recorrente”, o que ensejara elaboração de planilha com valores alterados, e por isso mais uma vez restaria caracterizada a ofensa ao contraditório e à ampla defesa

No mais, tece considerações reiterativas acerca de princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, e da legalidade.

Postula, enfim, o recebimento do recurso com efeito suspensivo, o seu deferimento a fim de que seja reparada a decisão guerreada, seja cancelado o crédito tributário, franqueando-se a produção de provas por todos os meios em direito admitidos.

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 07/12/2020, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 15/12/2020, para apreciação por parte desta 2ª CJF.

## VOTO

O Recurso Voluntário é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), deduzido dentro do prazo do art. 171 do RPAF/99), por isso dele conheço.

Nota-se que a tese recursal, apesar de tangenciar diversos temas, limita-se à regularidade do lançamento de ofício. Ou seja, não se discute, por exemplo, a ocorrência do fato gerador (as operações de circulação de mercadoria são incontroversas), ou a matéria tributável, ou o montante do tributo devido, ou a identificação do sujeito passivo, tampouco a penalidade proposta e aplicada (para ficar no roteiro que a redação do art. 142 do CTN sugere). A defesa, portanto, se limita à higidez do “procedimento administrativo” tendente à verificação desses elementos.

Cumpre observar que, em nosso sentir, o cerceamento do direito de defesa aduzido pela Recorrente não se configurou. Quis a Recorrente afirmar que o Auto de Infração não teria sido suficientemente claro em imputar-lhe responsabilidade pelo não recolhimento de ICMS.

Ora, com a devida licença, tal não procede. Às fls. 11 a 85 a Autuante anexou demonstrativos que evidenciam, para cada uma das duas Infrações, quais teriam sido os valores omitidos (recolhimento a menor, ou não recolhimento) de ICMS. À fl. 09, ademais, como bem pontuou o órgão julgador *a quo*, repousa “Termo de Entrega do Auto de Infração, Demonstrativos e Planilhas”, com assinatura inequívoca que se lê ao pé da página: “Elquisson Rodrigues Pinto”.

Constato, pois, que a Recorrente, quando da lavratura do Auto de Infração, era detentora de todos os elementos necessários e suficientes para compreender a acusação que lhe era imputada, bem assim para oferecer defesa em face dos mesmos. Portanto, afasto a tese de cerceamento do direito de defesa, por ofensa formal à legislação tributária adjetiva, já que todos os elementos presentes nos autos foram entregues ao Sujeito Passivo.

Por todo o exposto, nada vejo nas razões recursais que viabilizem a reforma do Acórdão recorrido, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo o julgamento *a quo* pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 217438.0009/18-9, lavrado contra **ELQUISSON RODRIGUES PINTO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.767,25**, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e do inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS