

A. I. N° - 151936.0014/18-4  
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS PORTO IMBUI EIRELI  
AUTUANTE - IVONE SANTOS TOSTA  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/04/2020

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0042-03/20**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações comprovadas por meio dos demonstrativos elaborados pela autuante. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/06/2018, refere-se à exigência de R\$70.045,84 de ICMS, acrescido da multa de 75%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 17.01.01: Falta de recolhimento do 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 novembro de 2015; outubro, novembro e dezembro de 2017. Valor do débito: R\$1.412,51. 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 de dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$56.769,76. Multa de 75%.

Infração 03 – 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 novembro e dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017. Valor do débito: R\$11.863,57. Multa de 75%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 35 a 41 do PAF. Preliminarmente, pede a nulidade do presente lançamento, alegando que teve seu direito de defesa restrinido e não foram respeitados procedimentos na lavratura do Auto de Infração. Diz que não tomou ciência de que estava sendo fiscalizado; não recebeu sua via do Auto de Infração e do Termo de Início de Fiscalização, também não foi intimado para apresentar livros ou documentos.

Transcreve o art. 26 do RPAF-BA/99, e afirma que não se observa no presente PAF qualquer dos documentos elencados no referido artigo. As vias do Processo Administrativo Fiscal devem ser cópias fiéis umas das outras, e se não estão com esta composição, macula o processo, dificultando a defesa do contribuinte, devendo ser considerado nulo o procedimento fiscal.

Neste sentido, menciona lições de Alberto Xavier. Ressalta que outra situação que evidencia cerceamento ao direito de defesa, é que a mídia CD apresentada, simplesmente não abriu, tais mídias, por serem mais antigas, apresentam dificuldades de leitura em computadores mais modernos.

Quanto à infração 01, alega que não se observa no PAF a origem e comprovação das seguintes informações com seus respectivos valores, constantes das planilhas apresentadas: (i) Receita Bruta Declarada Auferida; (ii) Receita Bruta Total do Exercício Anterior; (iii) Receita Bruta Total Acumulada Auferida em 12 meses.

Também alega que a descrição da infração é totalmente vaga e desprovida de fundamentos fáticos, que pelo menos esclareça com precisão os valores nela reclamados. Não sabe como a autuante chegou às conclusões, nem como foi determinado o fato gerador e a base de cálculo desta infração.

Em relação à infração 02, diz que não consta no processo o relatório sobre a proporcionalidade, que definiu quais valores são tributados e quais não são. Diz ser evidente o cerceamento ao direito de defesa, devendo ser considerado nulo o procedimento fiscal.

Transcreve o art. 18, incisos II, e IV, “a”, do RPAF-BA/99. Afirma que se percebe flagrante cerceamento ao direito de defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, conforme demonstrado nas alegações de mérito.

No mérito, alega que a infração 02 foi construída baseada na presunção prevista no inciso II, do § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96. Diz que há erro substancial nesta infração, porque a presunção prevista no referido dispositivo legal baseia-se em uma proporcionalidade que tem como fundamento valores definidos a seu bel prazer pela autuante. Entende que há equívoco no lançamento, devendo ser declarada improcedente a mencionada infração.

Afirma que é realizado um exame do atendimento aos pressupostos legais e da presença dos requisitos para a validade e eficácia do título executivo a ser formado. Diante dos fatos expostos, solicita que seja julgado nulo o presente Auto de Infração, e em não sendo aceita a nulidade, que sejam julgadas improcedentes todas as infrações, haja vista que a infração 01 e a infração 03 decorrem do erro de subjetividade estampada na infração 02.

A autuante presta informação fiscal às fls. 51/52 dos autos. Afirma que se constata nas alegações defensivas que os argumentos do autuado são meramente protelatórios, não têm fundamento, além de não apresentarem qualquer fato novo que justifique tamanhas irregularidades tributárias. Diz que a preliminar de nulidade é totalmente descabida.

Quanto ao mérito, ressalta que a fiscalização realizada foi respaldada dentro das normas tributárias pertinentes, estando acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no nosso ordenamento jurídico, inclusive, a Constituição Federal, Código Tributário Nacional – CTN, RICMS-BA e legislação do Regime Simplificado – Simples Nacional.

Afirma que o deficiente não trouxe aos autos as provas necessárias e suficientes capazes de sustentá-las, não apontando de forma correta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do ICMS exigido no Auto de Infração.

Informa que o estabelecimento autuado foi indicado para ser fiscalizado, porque os valores de suas vendas por meio de cartão de débito/crédito estavam com valores substanciais, entretanto, os valores declarados na DASN via Receita Federal eram bastante inferiores. Por outro lado, quando foram inseridas as informações no Sistema AUDIG, o batimento foi feito pelas entradas para que fosse verificado realmente o que era ou não da substituição tributária.

Quanto ao argumento do autuado de que não tomou conhecimento de que estava sendo fiscalizado, que não foi intimado para apresentar livros ou documentos e que não recebeu sua via do Auto de Infração, diz que esses questionamentos não são verdadeiros, visto que o autuado foi

intimado em 08/05/2018 (fl. 31 do PAF) e após a lavratura do Auto de Infração, o sócio, Sr. Gabriel Santos Coelho, foi quem assinou o referido Auto de Infração e recebeu os demonstrativos, livros e documentos, em 15/06/2018 (fls. 04, 07 e 32 do PAF).

Por fim, diz que o autuado desconhece o RICMS-BA, bem como, a legislação do Simples Nacional. Mantém a integralidade do Auto de Infração.

À fl. 55 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para as seguintes providências pela autuante:

1. Considerando que o Relatório Diário de Operações TEF com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado não se encontrava no PAF, anexar aos autos o mencionado o Relatório, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado.
2. Também juntar ao presente PAF, a mídia CD, reclamada nas razões de defesa, no sentido de possibilitar a repartição fiscal fornecer cópia ao defendant.

A Repartição Fiscal intimar o sujeito passivo, fornecendo-lhe, no ato da intimação, mediante recibo, reabrindo o prazo de defesa:

- a) cópia do encaminhamento da diligência;
- b) cópia da informação fiscal (fls. 51/52) e dos demonstrativos fls. 08 a 30 do PAF.
- c) cópia dos elementos anexados aos autos pela autuante no cumprimento da diligência (informação e anexos).

A autuante informou à fl. 59 que anexou ao presente processo, mídia CD contendo o TEF 2015, 2016 e 2017, e cópia da informação fiscal de fls. 51/52.

À fl. 63 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pela autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 64, comprovando que o contribuinte recebeu cópia da mencionada informação fiscal, respectivos demonstrativos e documentos. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

## VOTO

Preliminarmente, o autuado pede a nulidade do presente lançamento, alegando que teve seu direito de defesa restrinido e não foram respeitados procedimentos na lavratura do Auto de Infração. Disse que não tomou ciência de que estava sendo fiscalizado; não recebeu sua via do Auto de Infração e do Termo de Início de Fiscalização, também não foi intimado para apresentar livros ou documentos.

De acordo com o art. 26, incisos II e III do RPAF-BA/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do Termo de Início de Fiscalização e da intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável para prestar esclarecimento, exibir elementos solicitados pela fiscalização ou efetuar recolhimento de tributo.

A autuante informou que o defendant foi intimado em 08/05/2018 (fl. 31 do PAF), e após a lavratura do Auto de Infração, o sócio, Sr. Gabriel Santos Coelho, foi quem assinou o referido Auto de Infração e recebeu os demonstrativos, livros e documentos, em 15/06/2018 (fls. 04, 07 e 32 do PAF).

Neste caso, tendo sido efetuada intimação no dia 08/05/2018, conforme fl. 31, com assinatura de representante ou preposto do autuado, ficou caracterizado que a ação fiscal foi iniciada com a intimação ao Contribuinte, por isso, considero superada a alegação defensiva.

Quanto à infração 01, o defendant alegou que não se observa no PAF a origem e comprovação das seguintes informações com seus respectivos valores, constantes das planilhas apresentadas:

(i) Receita Bruta Declarada Auferida; (ii) Receita Bruta Total do Exercício Anterior; (iii) Receita Bruta Total Acumulada Auferida em 12 meses.

Também alegou que a descrição da infração é totalmente vaga e desprovida de fundamentos fáticos que, pelo menos, esclareça com precisão os valores nela reclamados. Não sabe como a autuante chegou às conclusões, nem como foi determinado o fato gerador e a base de cálculo desta infração.

Analizando os demonstrativos que compõem o presente PAF, constato que a fiscalização foi efetuada aplicando o roteiro de Auditoria AUDIG, utilizando inclusive, dados constantes no PGDAS. No levantamento fiscal, a autuante indicou as receitas mensais de mercadorias, inclusive, da substituição tributária, e o total da receita apurada, encontrando a proporção das mercadorias da substituição tributária, constituindo-se o referido cálculo uma operação aritmética sem maior dificuldade no seu entendimento.

O autuado recebeu cópias dos Relatórios AUDIG, das planilhas de Redução Z, Relatório TEF diário, conforme diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Em relação à infração 02, o autuado alegou que não consta no processo o relatório sobre a proporcionalidade, que definiu quais valores são tributados e quais não são. Disse ser evidente o cerceamento ao direito de defesa, devendo ser considerado nulo o procedimento fiscal.

Não acato a alegação defensiva, considerando que o próprio PGDAS já contém um campo destinado à informação dos valores relativos à revenda de mercadoria, fazendo a distinção quanto às mercadorias da substituição tributária, e no roteiro de Auditoria AUDIG também consta um Anexo destinado à proporcionalidade das mercadorias da Substituição Tributária, nas mesmas situações previstas no PGDAS.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. 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-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o defendant alegou que a infração 02 foi construída baseada na presunção prevista no inciso II, do § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96. Disse que há erro substancial nesta infração, porque a presunção prevista no referido dispositivo legal baseia-se em uma proporcionalidade que tem como fundamento valores definidos ao “bel prazer” pela autuante. Afirmou que há equívoco no lançamento, devendo ser declarada improcedente a infração 02, e apresentou o entendimento de que a infração 01 e a infração 03 decorrem do erro de subjetividade estampada na infração 02.

Conforme já comentado na preliminar de nulidade, o roteiro de Auditoria AUDIG, utilizado na apuração do débito, consta um Anexo destinado à proporcionalidade das mercadorias da Substituição Tributária, nas mesmas situações previstas no PGDAS.

No levantamento fiscal, a autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita. Foi efetuada a segregação e apuração da omissão de acordo com a proporcionalidade das receitas de mercadorias da substituição tributária, conforme estabelece o § 4º, do art. 18 da Lei Complementar 123 de 14/12/2006. Com a nova receita calculada, é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 01 e 02 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

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.

De acordo com o § 4º, do art. 18 da referida Lei Complementar 123/2006, o contribuinte deverá considerar destacadamente, para fins de pagamento do imposto: a) as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; b) as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; c) as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; d) as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária; e) as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou do consórcio previsto na referida Lei Complementar. Portanto, foi efetuada análise dos documentos do autuado, relativos ao Simples Nacional, sendo considerados no levantamento fiscal os valores declarados na DASN ou recolhido pelo contribuinte, conforme demonstrativo “ANÁLISE DO ICMS SIMPLES A RECLAMAR” em cada exercício fiscalizado.

Observo que em razão das alegações defensivas, à fl. 55, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, para a autuante juntar ao presente PAF, a mídia CD reclamada nas razões de defesa, no sentido de possibilitar a repartição fiscal fornecer cópia ao defendant.

A Repartição Fiscal deve intimar o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, mediante recibo, reabrindo o prazo de defesa: cópia do encaminhamento da diligência; cópia da informação fiscal (fls. 51/52), e dos demonstrativos fls. 08 a 30 do PAF.; cópia de todos elementos anexados aos autos pela autuante no cumprimento da diligência (informação e anexos).

A autuante anexou ao presente processo, mídia CD contendo o TEF 2015, 2016 e 2017; o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pela autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 64, comprovando que o contribuinte recebeu cópia da mencionada informação fiscal, respectivos demonstrativos e documentos. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

Trata-se de exigência de imposto que poderia ser elidida pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo 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 irregularidades apontadas no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pela autuante, e concluo pela subsistência das infrações 01 a 03.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 151936.0014/18-4, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS PORTO IMBUI EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.045,84**, 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 das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA