

**A.I. Nº** - 232143.0057/19-1  
**AUTUADO** - FILEMON FERREIRA PRIMO & CIA LTDA.  
**AUTUANTE** - MILTON ANUNCIACÃO DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05/07/2020

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0073-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA. LEVANTAMENTO FISCAL. Infração constatada mediante confronto de receitas de vendas declaradas em PGDASD com receitas de vendas com pagamentos via cartões de crédito/débito, contidas em Relatórios TEF repassados à SEFAZ por instituições financeiras e administradoras de cartões, cumprindo obrigações legais. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 17/09/2019, às 15:10 hs, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$262.506,00, em decorrência da seguinte infração:

01 – 17.13.12 – Omissão de receita apurada por levantamento fiscal – Sem dolo. Valor: R\$262.506,00. Período: Setembro a Dezembro 2014, Janeiro a Dezembro 2015. Enquadramento legal: Art. 319, do RICMS-BA/2012, C/C art. 18, 21, 25 e 26 da LC 123/06, c/c a Resolução CGSN nº 94/11. Multa: Arts. 34 e 35 da LC 123/06; Inciso i, do art. 44 da Lei Federal 9.430/96.

O autuado apresenta defesa às fls. 18-24.

Reproduzindo os artigos 2º, 26, 39, 18 e 42 do RPAF, bem ementas dos Acórdãos JJF 0244-04/14 e 0202-05-14/14, preliminarmente argui nulidade do AI em face de, além de lavrado por preposto fiscal incompetente (A.T.E.), foi praticado com preterição do direito de defesa e sem fundamentação.

Após reproduzir a infração ataca o mérito do AI. Reproduzindo os arts. 2º, § 3º, 57, II e 60, todos do RICMS-BA, diz que em boa parte, os casos de notificação por arbitramento de omissão de receita representam abuso da autoridade fiscal ao extrapolar os critérios legais para proceder ao lançamento tributário, pois, diz, não cabe autuação baseada em meros indícios, já que para determinar receita omitida, como neste caso, os créditos devem ser analisados individualmente, observando que não serão considerados os decorrentes de transferência de outras contas da própria pessoa jurídica.

Reproduzindo duas ementas de decisões de órgãos judicantes administrativos que não identifica, diz ser a autuada uma empresa idônea que, conforme relação de DAE's anexados aos autos pelo Agente de Tributos autuante, observa-se que regularmente recolhe o ICMS ST, ICMS Simples Nacional, ICMS Antecipação Parcial e ICMS regime normal de comércio.

Afirma ter apresentado ao preposto fiscal todos seus livros e documentos fiscais requeridos na Intimação Fiscal e que não descumpriu obrigação acessória nem houve a omissão de receita acusada, mas mesmo assim a empresa foi autuada por arbitramento, fato que caracteriza, além de cerceamento de defesa, a bitributação do ICMS.

Seguindo, escreve que “não se pode considerar que o procedimento fiscal tenha sido feito a salvo de falhas, sem observar a forma de recolhimento de imposto da autuada, que recolheu durante os exercícios o imposto devido mês a mês e, nada deve a este título”, razão pela qual pede seja acolhida as preliminares de nulidade e decretada a improcedência do AI.

O autuante presta Informação Fiscal à fl. 28.

Após resumir os fatos e resumir a peça defensiva, diz que o contribuinte foi intimado da ação fiscal em 12/07/2019, via DTE e que o AI decorre da omissão de receitas relativas a vendas de mercadorias tributáveis apurada por confronto entre valores registrados nas PGDASD, receitas brutas originais acumuladas e as vendas efetuadas com cartões de crédito/debito informadas por instituições financeiras e administradoras de cartões (TEF).

Informa que também constatou NFs sem registro nos livros fiscais, tudo conforme demonstrado nos arquivos constantes no CD-R autuado à fl. 09 e demonstrativo impresso (fls. 05-08), de modo que declarou imposto nas apurações do Simples Nacional que fez via PGDASD.

Diz que o autuado recebeu cópias do AI e seus anexos, bem como do CD-R de fl. 09, contendo arquivos dos demonstrativos e documentos suportes do lançamento fiscal, conforme recibo de fl. 12 e que, detendo o cargo de Agente de Tributos Estaduais, conforme a Lei 11.470/2009, tem competência para lavrar o AI em lide e que o Impugnante não “combate” a Infração nem apresenta qualquer prova para elidi-la, razão pela qual o AI deve ser julgado procedente.

## VOTO

Conforme acima relatado, o AI processado exige originalmente o valor de R\$262.506,00, referente a omissão de receita – Sem dolo.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documento de fl. 12, bem como o teor da manifestação defensiva (incluindo o CD que aportou à fl.26, contendo os demonstrativos da autuação) que confirma a regular ciência do AI, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-08 e CD de fl. 09); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Tratando-se de contribuinte que na época dos fatos geradores era EPP optante do Simples Nacional, a exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, §3º), mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta), constam claramente identificados nos autos.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º, do artigo 150 do CTN).

Vê-se nos autos, que sem contestar o demonstrativo suporte das infrações em que as NFs objeto da autuação estão identificadas em arquivos próprios, contidos no CD-R de fl. 09, e considerados todos os recolhimentos do imposto efetuados no prazo para pagamento voluntário, já que a

exação fiscal se refere ao ICMS decorrente de vendas de mercadorias tributáveis não declaradas pelo contribuinte nos PGDASD transmitidos à SEFAZ.

Não acolho o argumento defensivo de falta de fundamentação para o lançamento tido pelo Impugnante como fruto de ilegal arbitramento praticado com preterição do direito de defesa, pois, além de não se vislumbrar arbitramento no procedimento fiscal, ao contrário do alegado, ele foi efetuado por servidor público legalmente autorizado e necessária intimação de início da fiscalização e requisição de apresentação de livros e documentos fiscais e/ou prestação de informações, consta da fl. 03 dos autos. Ademais, os demonstrativos elaborados pela fiscalização, parte integrante deste Auto de Infração, são claros, compatíveis com a Auditoria aplicável para as sociedades empresariais optantes do Simples Nacional.

Observo que, por lei, os arquivos eletrônicos encaminhados pelos contribuintes à SEFAZ, devem refletir a real movimentação empresarial com repercussão tributária. Geram, portanto, repercussões jurídicas que provam a favor e em contra do emitente.

O sujeito passivo teve ciência do início do procedimento fiscal que, sendo vinculado à lei, rege-se pelo princípio inquisitório. Portanto, partindo das informações contidas no banco de dados do sujeito ativo, ainda que a colaboração do contribuinte seja interessante na maioria dos casos, prescinde de participação do contribuinte fiscalizado, já que objetiva conferir o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte do autuado.

Nesse sentido, leciona Hugo de Brito Machado Segundo:

“Essa é a razão pela qual se diz que o contribuinte pode defender-se do auto de infração contra si lavrado, mas não tem, necessariamente, oportunidades de defesa antes da feitura do lançamento, em face da mera fiscalização em seu estabelecimento, por exemplo, até porque o procedimento de fiscalização tem por fim uma mera conferência do cumprimento espontâneo da norma tributária, e não a solução de uma lide. Lide poderá haver em momento posterior, se for o caso, na hipótese de ser efetuado um lançamento”. (Processo Tributário, 3ª Ed. Editora Atlas)

Ressalte-se que, embora não se exija que um procedimento de fiscalização assegure prévia oportunidade de defesa ao contribuinte, para que a relação jurídica de crédito e débito nascida com o lançamento tributário entre os sujeitos ativo e passivo da relação se efetive, a Autoridade Fiscal deve seguir um procedimento calcado na legalidade (lei formal).

Do mesmo modo, sob pena de cometer ilegalidade, quando requerido, o contribuinte deve exibir seus livros, documentos e controles fiscais e contábeis ( Art. 195 do CTN).

Do que consta nos autos, vejo que o lançamento em sede de revisão neste órgão administrativo judicante, bem como o processo administrativo que o conduz, atenderam aos princípios de regência, tais como: Legalidade, Inquisitório, Devido Processo Legal e seus corolários de Ampla Defesa e Contraditório.

Assim, superada a apreciação das preliminares de nulidade, passo ao mérito do caso.

De logo, ressalto que a opção pelo Simples Nacional implica na aceitação do Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

A Lei Complementar 123/2006, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere à apuração e recolhimento dos seus respectivos tributos, mediante regime único de arrecadação, e cumprimento de obrigações acessórias.

O valor devido mensalmente pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional é determinado com aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das

tabelas dos Anexos I a V da LC 123/2006, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º do Art. 18, observado o disposto no § 15 do art. 3º. Para tanto, o sujeito passivo deve utilizar a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração.

Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 e da LC, devem ser pagos por meio de documento único de arrecadação, sendo que o valor não pago até a data do vencimento, sujeitar-se-á à incidência de encargos legais na forma prevista na legislação do imposto sobre a renda.

Quanto às obrigações fiscais acessórias, o contribuinte deve apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil, declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que será disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazos e modelo aprovados pelo CGSN.

Essa declaração constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência de tributos e contribuições que não tenham sido recolhidas, resultantes das informações nela prestadas.

Obviamente, também estão obrigadas a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com as instruções expedidas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, devendo manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentaram a apuração dos impostos e contribuições devidos, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

Feitas essas gerais digressões a respeito do Simples Nacional, observo que neste caso concreto o Impugnante não atacou o mérito da autuação, contrastando os dados e valores da exação. Registre-se, então, que a Impugnação se limita a alegar: a) arguição de nulidade em face de, além de lavrado por preposto fiscal incompetente (A.T.E.), o ato protestado foi praticado com preterição do direito de defesa e sem fundamentação; b) simples alegação de regularidade de cumprimento de obrigações tributárias e que a exação ocasiona a “bi-tributação do imposto”.

Pois bem, como já acima mencionado, a exação decorre de presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributável apurada em auditoria, usando o sistema AUDIG, confrontando as informações TEF relativas a vendas com pagamento de cartões de crédito/débito, com o valor dessas vendas declaradas pelo contribuinte em documentos do Simples Nacional.

Para essa infração, assim se apresenta a legislação de enquadramento:

LC 123/06

*Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º*

*Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:*

*I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;*

*II - (REVOGADO)*

*III - enquanto não regulamentado pelo Comitê Gestor, até o último dia útil da primeira quinzena do mês subsequente àquele a que se referir;*

*IV - em banco integrante da rede arrecadadora do Simples Nacional, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor.*

*Art. 25. A microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18.*

*...*

*§ 4º A declaração de que trata o caput deste artigo, relativa ao MEI definido no art. 18-A desta Lei Complementar, conerá, para efeito do disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de*

*1990, tão-somente as informações relativas à receita bruta total sujeita ao ICMS, sendo vedada a instituição de declarações adicionais em decorrência da referida Lei Complementar.*

*Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:*

*I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;*

*Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.*

*Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.*

Lei 7014/96:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*...*

*§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

*...*

*VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

*Redação original, efeitos até 21/12/17:*

*"b) administradoras de cartões de crédito ou débito;"*

*VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.*

Lei Federal 9.430/96:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*

Vê-se nos demonstrativos autuados, o pleno atendimento das disposições acima e o correto enquadramento da infração constatada mediante auditoria com uso do sistema AUDIG, homologado pela SEFAZ, por ser constituído dos parâmetros estabelecidos na legislação específica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, especialmente LC 123/2006 e Resolução CGSN 94/11.

O procedimento fiscal entabulado, cujos dados, repito, não foram contrastados pelo Impugnante, contempla as 03 etapas:

1. Levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias:

Fase em que se confrontou as vendas registradas nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte (PGDAS – Colunas Receitas Declaradas dos demonstrativos), com as informações TEF (Transferência Eletrônica de Fundos). Do resultado desse confronto, apurou-se, o valor da receita proveniente das vendas em cartão, sem emissão das respectivas NFs. Procedeu-se, então, ao levantamento da receita total da empresa, o declarado + omissão apurada. Seguindo, segregou-se do montante, as vendas de mercadorias da ST total, do montante da receita, de modo a apurar a base de cálculo do ICMS devido.

2. Cálculo do valor do ICMS devido:

A base de cálculo encontrada foi submetida às alíquotas constantes do Anexo I a V da LC 123/06.

3. Determinação do valor do débito confrontando o ICMS devido X ICMS declarado:

Apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o ICMS declarado, expostos nos extratos do Simples Nacional, de forma que, durante o período fiscalizado, acumulou-se diferenças de ICMS a recolher, como demonstram os relatórios AUDIG.

Nesse contexto, ao contrário do pretendido, arguindo a superada nulidade do procedimento fiscal e, destoando do aspecto material constatado neste caso, apenas afirmando o pleno cumprimento de suas obrigações tributárias, é de se constatar que a própria Impugnação se apresenta um tanto confusa, de modo a ratificar a concreção da infração, cuja consequente exação não representa *bis in idem* de tributação de ICMS, indevidamente escrito “bi-tributação, uma vez que apenas se tributou as vendas de mercadorias que o sujeito passivo não informou nos PGDASD.

Nesse sentido, observo que o imposto contido nos DAE's referidos pelo Impugnante se relacionam às vendas que informou nos PGDASD, e o imposto que se exige neste AI se refere à diferença entre os valores de vendas cujo pagamento se deu via cartões de crédito/débito informadas à SEFAZ pelas Instituições Financeiras e Administradoras dos cartões, e os valores das vendas declaradas pelo contribuinte autuado nos PGDASD. Portanto, não oportunamente oferecidas à tributação pelo autuado.

Assim, pelo exposto, se vê que a infração que compõe o AI em apreço, identificada na auditoria com o sistema AUDIG, ao contrário da manifestação defensiva - que, repito, não objeta os números do levantamento fiscal – implica em lançamento tributário constituído com suficientes elementos, determinando com segurança a infração e o infrator, configurando, portanto, as situações previstas nos artigos 140 a 143 do RPAF:

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 232143.0057/19-1**, lavrado contra **FILEMON FERREIRA PRIMO & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$262.506,00**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da LC 123/06, c/c o artigo 44, I da Lei Federal 9.430/96, e dos acréscimos legais previstos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR