

**PROCESSO** - A. I. Nº 298628.0008/20-7  
**RECORRENTE** - MERCADINHO MENDES LTDA. - EPP  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0016-05/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 04/04/2022

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0008-12/22-VD

**EMENTA:** ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Os valores dos TEFs não foram impugnados pela defesa. Apuração do ICMS pelo regime normal, aplicando-se a alíquota de 18%. Na peça impugnatória o contribuinte contesta que o imposto foi calculado incorretamente, visto que a empresa se encontrava inserida no Regime Simples Nacional, após ter sanado dívida com a Receita Federal do Brasil. Os documentos acostados ao processo revelam a existência de pendências fiscais com o Estado da Bahia e o Município de Salvador, que o impediam de ser reinserido no Simples Nacional no período objeto do levantamento fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/99), no qual a JJF julgou totalmente Procedente o Auto de Infração lavrado em 27/03/2020, para exigir ICMS no valor principal de R\$233.233,31, contendo a seguinte imputação fiscal a seguir descrita:

**Infração 01 – 05.08.01** – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Ocorrência verificada entre os meses de janeiro/2017 a dezembro/2018.

Serviram de lastro probatório da acusação fiscal: Demonstrativo de pagamento de ICMS a menor por erro na aplicação da alíquota – proporcionalidade apurada com base nas entradas – Operações TEF 2017 e 2018; Termos de Intimação Fiscal; Relatórios de dados cadastrais do contribuinte; Relatórios resumo de arquivos EFD/OIE; Relatório de Informações TEF de 2017 e 2018; Recibo de arquivos eletrônicos; e, CD (mídia digital) contendo arquivos de dados. Documentos juntados ao PAF entre as fls. 08 a 18.

Na composição do débito lançado no Auto de Infração consta os valores das receitas auferidas pelo contribuinte através das operações pagas de cartões de crédito/débito, extraídas das informações obtidas junto às operadoras de cartão (TEFs), considerando a proporção de saídas tributadas, encontrando-se então a base de cálculo do ICMS, que após aplicação da alíquota de 18%, resultou no valor do imposto, sendo deduzido em seguida o tributo que já se encontrava recolhido pelo contribuinte, apurado na sistemática do Simples Nacional, resultando no saldo a recolher, por período mensal.

*O sujeito passivo foi notificado do presente lançamento de ofício pela via eletrônica, através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), manifestando a sua ciência em 04/06/2020.*

Defesa protocolada em 31/07/2020, subscrita por advogado, devidamente habilitado apensada entre as fls. 24/33 dos autos, complementada pelos documentos inseridos às fls. 34 a 198. Informativo Fiscal prestado pelo autuante em 02/09/2020, juntada às fls. 199-B/200. A JF decidiu com o seguinte voto condutor:

#### **VOTO**

*O Auto de Infração em exame, contém uma única imputação fiscal envolvendo a cobrança de ICMS sobre as operações de venda de mercadorias, cujas receitas são originárias de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, tendo por base probatória, os TEF fornecidos pelas instituições financeiras (operadoras de cartão). O levantamento fiscal abrangeu os meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2017 e 2018.*

*O contribuinte, em relação a essas operações, afirma que efetuou o pagamento do imposto estadual dentro da sistemática de apuração do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, e regulado pelas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, conforme atestam os documentos de arrecadação juntados ao PAF e consultas realizadas por esta Relatoria ao sistema de arrecadação da SEFAZ, disponíveis na rede interna da SEFAZ-Ba.*

*A Auditoria Fiscal, por sua vez, procedeu a apuração do imposto, sobre as receitas não declaradas, dentro da sistemática da tributação normal, aplicando a alíquota de 18% sobre a base impositiva, considerando que o contribuinte foi excluído do regime simplificado em 31/12/2016, e somente em 01/01/2019, foi novamente inserido no Simples Nacional.*

*Inicialmente, indefiro o pedido da defesa de remessa do PAF para a realização de diligência, considerando que nos autos, estão presentes elementos fático-probatórios suficientes para que esta Relatoria possa exarar uma Decisão de mérito, com destaque para as provas documentais juntadas pelas partes, conforme restará demonstrado mais à frente. Ademais, no tocante às receitas que serviram de base impositiva para o levantamento fiscal o contribuinte não contesta os números que integram os Demonstrativos da autuação, declarando que procedeu os recolhimentos sobre esses valores com base no regime de apuração simplificado.*

*De acordo com o que foi trazido aos autos, o sujeito passivo foi excluído do Simples Nacional em 2016, por apresentar débitos não quitados e pendências cadastrais perante os fiscos Federal, Estadual e Municipal. Essas pendências foram resolvidas junto à Receita Federal do Brasil, através de liquidação de débito em dezembro de 2018, conforme se encontra detalhado na Decisão exarada pelo órgão federal, documento juntado às fls. 197/198. Porém, na referida Decisão administrativa, foi observado que ainda remanesciam questões fiscais e cadastrais que deveriam ser resolvidas perante o Município de Salvador e o Estado da Bahia, para que o contribuinte pudesse ser novamente inserido no Regime de Apuração Simplificado.*

*Somente após a solução dessas pendências, é que foi processada a reinclusão do contribuinte no Cadastro do Simples Nacional, em cumprimento ao que se encontra normatizado no art. 109 da Resolução nº 94, do Comitê Gestor do Simples Nacional, norma transcrita no Relatório, parte integrante deste Acórdão.*

*Essa reinclusão no Simples Nacional, no que se refere às três esferas de competência, incluindo o Estado da Bahia, somente ocorreu em 01/01/2019, de acordo com o documento juntado às fls. 123/124, denominado “Termo de Deferimento pelo Simples Nacional”.*

*Portanto, no caso em exame, não poderia o sujeito passivo, nos exercícios de 2017 e 2018, ter apurado e pago o ICMS devido ao Estado da Bahia através do Regime de Apuração do Simples Nacional, visto que ainda restava solucionar pendências junto às Receitas Estadual (Bahia) e Municipal (Salvador).*

*Nessas circunstâncias, o presente lançamento de ofício está em conformidade com a legislação de regência vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, visto que o ICMS deveria ter sido pago pelo regime normal, conforme previsto nos arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 7.014/96.*

*Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão de piso os patronos da empresa apresentaram peça recursal às fls. 220 a 230. Inicialmente, relata quanto a tempestividade e passa a tecer as seguintes razões:

Informa que o Auto de Infração lavrado foi feito por Agente de Tributos em decorrente de uma fiscalização albergando as supostas infrações à Legislação do ICMS abaixo discriminadas:

*“(…) Contribuinte realizou operações de apuração do ICMS com as alíquotas do Simples Nacional nos exercícios de 2017 e 2018, quando já se encontrava excluído do Simples por Ato do Estado da Bahia desde o dia 31/12/2016.*

*O contribuinte entregou todas as EFD's dos exercícios de 2017 e 2018 zeradas.*

*Assim, o ICMS devido foi calculado utilizando-se os valores de TEF's recebidos pela empresa, utilizando a proporcionalidade das entradas e abatendo-se os valores de ICMS recolhidos pela empresa nos dois exercícios."*

Disse que, utilizou-se o agente de tributos, para justificar a autuação, que a Recorrente supostamente infringido os artigos 4º, § 4º, VI da Lei nº 7.014/96, sendo aplicadas penalidades previstas na legislação específica e demonstradas no corpo da respectiva notificação (art. 42, III da Lei nº 7.014/96).

Registra que a ora Recorrente sempre se preocupou em cumprir com todas as suas obrigações legais, inclusive aquelas de natureza tributária, o que se observa pelo seu histórico de contribuinte perante o Fisco, mostrando-se sempre pontual e adimplente com suas responsabilidades fiscais.

Destaca a insubsistência dos argumentos levantados pelo Agente Fiscal (Emitente da Lavratura do Auto de Infração), *data máxima vênia*, visto que não foram considerados pela ilustre autoridade fiscal os *atos extremamente relevantes à comprovação de inexistência de infração no particular*, bem como de qualquer conduta da Recorrente que pudesse implicar em eventual pagamento a menor de imposto e/ou sonegação do tributo em tela.

No mérito, suplica pela Improcedência do Auto de Infração em relação a verdade dos fatos. Roga pelo princípio da verdade material, que convergem todos os outros na busca da mais lícita justiça e da aplicação adequada do princípio da legalidade, deve-se atentar para os fatos verdadeiramente ocorridos no particular, que, *data vênia*, ilidem totalmente a suposta infração imputada à Autuada/Recorrente.

Registra a preocupação da Recorrente em trazer aos autos desse processo administrativo, e, portanto, ao conhecimento dessa E. Repartição, não apenas documentos exemplificativos, mas também referência à legislação do ICMS aplicável no particular, além da adequação necessária do Estado da Bahia ao Regime de Tributação do simples nacional a que pertencem seus contribuintes, corroborando assim o fato de que o combatido Auto de Infração havia sido lavrado, *data máxima vênia*, de forma plenamente equivocada.

Lembra que o princípio constitucional da Legalidade norteia todos os atos da Administração Pública e, via de consequência, possibilita que a própria Autoridade Administrativa os reveja, de ofício, para fins de controle da própria legalidade.

Pugna a Recorrente que essa Repartição atente para os fatos verdadeiramente ocorridos no particular, e respectivos documentos acostados à defesa administrativa anteriormente ofertada, e ora reiterados, pois, *data máxima vênia*, ilidem as supostas infrações impostas equivocadamente à empresa Fiscalizada.

Explica que houve sim, a imposição de uma cobrança de tributo (ICMS) exclusivamente em razão da *não aceitação unilateral* (pelo Estado da Bahia) quanto ao reconhecido Regime de Tributação (SIMPLES NACIONAL) ao qual pertence a empresa, ora Recorrente.

Discorre que a conduta do agente de tributos vem a penalizar, em verdade, a parte mais fraca dessa relação, qual seja, o contribuinte. Esclarece que os valores lançados no inquinado Auto de Infração são incertos, ou melhor, são indevidos, já que a Recorrente sempre pertenceu ao regime de tributação do SIMPLES NACIONAL, portanto, o agente de tributos jamais poderia ter desconsiderado o enquadramento fiscal da Recorrente no particular.

Complementa que a Recorrente não está discutindo valores, até porque recolheu regularmente, conforme seu reconhecido Regime Tributário (SIMPLES), todo o ICMS porventura devido e referente às competências descritas na autuação.

Salienta a Recorrente que já arcou devidamente com o pagamento do ICMS porventura devido, em relação ao período cobrado na presente fiscalização, assim sendo propala e defende que não é devedora da suposta diferença de ICMS cobrada pelo agente fiscal, razão pela qual essa cobrança é totalmente ilegal e improcedente.

Repete afirmando que a autuação da empresa Recorrente foi lavrada pelo *não reconhecimento* dos pagamentos de ICMS pelo SIMPLES NACIONAL, no período de 01/2017 a 12/2018, submetendo-a, indevidamente, à exigência de pagamentos sob o regime normal de “CONTA CORRENTE FISCAL” – o que levou à consequente e indevida apuração de suposto débito tributário sob essa rubrica.

Destaca que a Recorrente, à época do equivocado “Indeferimento da Opção do Simples Nacional”, processado em 12/02/2017, protocolou contestação/impugnação tempestiva junto à Receita Federal (RFB) em face do guerreado “Termo de Indeferimento”, conforme documentos já anexados ao processo administrativo em questão. Afirma que demonstrou a regularização de todo e eventual débito fiscal oportunamente apontado e que estaria provocando o inquinado “impedimento” da adesão do Contribuinte ao regime tributário em tela (SIMPLES NACIONAL).

Acrescenta que não faltaram esforços do Contribuinte para a regular e tempestiva solução das ínfimas pendências fiscais registradas àquela época (no prazo do requerimento de adesão ao SIMPLES NACIONAL - 2017), sendo inconteste a liquidação e quitação total das mesmas, conforme documentos já anexados ao processo administrativo em discussão.

Esclarece ser crucial importância para a empresa Recorrente do enquadramento deste regime especial (SIMPLES NACIONAL), em razão de uma tributação mais justa que contribui decisivamente para a manutenção e desenvolvimento de suas atividades com maior presteza e desempenho social.

Sustenta que sempre fez parte do regime especial de tributação (SIMPLES NACIONAL) instituído pela *Lei Complementar nº 123/2006*, conforme se observa na documentação já anexada, visto que seu histórico de optante aponta a qualidade de Contribuinte do SIMPLES desde o ano de 2007 (adesão contemporânea com a implementação deste regime tributário, ou seja, há 13 anos aproximadamente).

Defende que houve o regular processamento da impugnação da Recorrente, junto à RFB, e o posterior reconhecimento do direito da empresa autuada à sua opção e inclusão no PORTAL DO SIMPLES NACIONAL, conforme decisão proferida em meados de dezembro/2018, referente ao Processo Administrativo nº 10580.721476/2017-12, cuja juntada ora se reitera – EM ANEXO, sendo reconhecido a ausência de motivação para o referido indeferimento da opção da empresa pelo Simples Nacional, formulado pelo Contribuinte desde janeiro/2017.

Completa dizendo ser legal e regular os recolhimentos efetivados pelo Contribuinte à título de SIMPLES NACIONAL durante todo o período ora relatado (01/2017 a 12/2018), conforme comprovantes de pagamento já anexados aos autos, devendo os mesmos produzirem todos os efeitos jurídicos e legais, inclusive para fins de quitação dos respectivos tributos estaduais alusivos ao mesmo período (no caso, do ICMS).

Junta documento conforme DEFIS's, e observa-se que a Recorrente estava devidamente enquadrada como contribuinte do SIMPLES NACIONAL, tanto referente ao ano-calendário de 2017 quanto de 2018, e assim processou e recolheu regularmente todos os pagamentos respectivos, conforme guias e comprovantes já anexados à defesa administrativa (DAS's respectivas).

Pede que a Repartição Fazendária do Estado da Bahia reconheça, também, a boa-fé da Recorrente e sua regularidade em relação à opção do regime simplificado de tributação (SIMPLES NACIONAL), quanto ao período de 2017 e 2018, sendo imperioso, no particular, não apenas pelo histórico de contribuinte adimplente da Recorrente, e aderente deste regime desde 2007 até os dias atuais, mas também e principalmente porque (quando cientificado à época) havia providenciado os pagamentos dos eventuais e ínfimos débitos fiscais tidos equivocadamente como “motivadores” daquela inquinada informação de exclusão.

Fala sobre a Lei Complementar nº 123/2006, que viabiliza de forma crucial a atuação no mercado das microempresas e/ou empresas de pequeno porte, de modo a compensar o poderio econômico exercido pelos grandes empresários, no qual tal regime tributário foi concebido para auxiliar o desempenho de empresas de menor vulto, suavizando obstáculos da burocracia oficial.

Assevera que, com o equivocado “não reconhecimento” da condição do Recorrente de optante pela SEFAZ-Ba, conquanto tenha o Contribuinte alertado o I. Agente Fiscal quanto à restauração, desde àquela época, das condições necessárias ao seu enquadramento no programa simplificado (SIMPLES NACIONAL).

Ademais, registra que a Recorrente é uma empresa séria, com histórico impecável de adimplência fiscal, além de conceituada no mercado local por sua atividade de comércio varejista de produtos alimentícios (minimercado), atendendo a uma gama significativa de clientes da localidade-sede, e empregando vários trabalhadores.

Reitera que, além da insegurança jurídica que seria vislumbrada no particular, a ratificação do ato arbitrário do r. agente fiscal, *data máxima vênia*, causará também um enorme caos na saúde financeira da empresa Recorrente, visto que a equivocada desconsideração de todos os pagamentos até então efetivados pela Recorrente à título de ICMS por via do SIMPLES NACIONAL penalizaria indevidamente a Recorrente numa quantia vultuosa de R\$ 233.233,31, além do acréscimo de exorbitante multa de 100%.

Diz que a manutenção desse equivocado entendimento, por parte da SEFAZ-BA será, sem dúvida, o decreto da falência do contribuinte. Esclarece que a situação cadastral atual da Recorrente perante o Órgão Federal (SRFB), e também perante o Estado da Bahia, ambas as consultas já anexadas aos autos, em que se constata a informação de “optante pelo SIMPLES NACIONAL”, condição que, repita-se vem sendo adotada pela Recorrente desde os primórdios da implementação desse simplificado Regime Tributário.

Chama atenção para o extrato do SIMPLES NACIONAL e as Declarações diversas de pagamento dos tributos respectivos – já anexados aos autos -, que evidenciam o fato de que a empresa recorrente continua efetuando, desde 2007 até hoje, os recolhimentos dos tributos sob a modalidade desse regime tributário.

Aduz e reiterar que a suposta dívida fiscal, cobrada pelo agente de fiscalização, *funda-se numa autuação equivocada quanto ao Regime de Tributação a ser aplicado*, e, portanto, é totalmente improcedente, pois foi reconhecido, perante a RFB, a nulidade do ato que havia indeferido equivocadamente a “opção pelo Simples Nacional” para o exercício a partir de 2017 e, consequentemente, determinado a operacionalização da inclusão da empresa no PORTAL DO SIMPLES NACIONAL referente àqueles suscitados exercícios.

Reproduz a Lei Complementar nº 123/2006 (que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), o Simples Nacional implica o recolhimento mensal mediante documento único, no qual se encontra inserido o tributo estadual do ICMS.

Afirma que jamais houve qualquer prejuízo para a Fazenda Nacional e/ou Estadual, em relação às eventuais pendências fiscais regularizadas pelo Contribuinte em 2017, à época da formalização da opção do SIMPLES NACIONAL daquele período, uma vez que devidamente adimplidas e comprovadas. Não se pode olvidar, portanto, da boa-fé do contribuinte nesse particular.

Contesta que se mostra desarrazoável e desproporcional a atitude da Fazenda Estadual quanto à desconsideração da condição do contribuinte de Optante do Programa do Simples Nacional. Outrossim, o formalismo, na Administração Pública, não é fim em si mesmo, mas caminho para o correto funcionamento das atividades públicas. Sendo assim, é fato que a Recorrente realmente se encontra sendo cobrada de forma indevida e ilegal, uma vez que, repise-se, não é devedora das diferenças de ICMS (e/ou Falta de recolhimento de ICMS) cobradas pelo autuante no presente Auto de Infração.

Sustenta ser certo, pois, que se equivocou plenamente o r. agente de fiscalização quanto à análise do caso concreto e dos documentos a ele apresentados. Requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração.

Complementa solicitando conversão de diligência do PAF como meio de prova dos fatos ora alegados, para fins de apuração dos recolhimentos regularmente efetivados pela Autuada, conforme o seu reconhecido Regime de Tributação (SIMPLES NACIONAL), relativos ao alegado

ICMS porventura devido e recolhido em relação às competências descritas do auto de infração ora guerreado. Assim, como garantia de obtenção da verdade material e de prolação de um julgamento justo e adequado, reitera-se o pedido de conversão em diligência ora formulado, para que sejam constatadas as irregularidades dos lançamentos ora impugnados, inclusive, por desconsiderar os valores recolhidos sob as mesmas rubricas do tributo em tela.

Conclui pedindo e pugnando a Improcedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do recorrente, a advogada Dra. Carla Soares Souza - OAB/BA Nº 66.492.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente em decisão unanime o Auto de Infração em lide, lavrado em 27/03/2020, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 233.233,31, acrescido da multa de 100%.

Constata-se que o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, com descrição dos fatos, sua base de cálculo considerados como infração das obrigações, e foi apresentado de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos.

O auto em lide imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade:

*Omissão de saídas de mercadorias tributadas sobre as operações de venda de mercadorias, cujas receitas são originárias de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, tendo como base probatória, os TEF fornecidos pelas instituições financeiras (operadoras de cartão) referente ao período de janeiro 2017 a dezembro de 2018.*

Verifica-se que foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de credito/debito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no artigo 4º, § 4º, VI da Lei nº 7014/96.

Neste sentido, o autuante, procedeu a apuração do imposto, sobre as receitas não declaradas, dentro da sistemática da tributação normal, aplicando a alíquota de 18% sobre a base tributável, tendo em vista, que o sujeito passivo foi excluído do regime simplificado em 31/12/2016, e que, no período fiscalizado estava sob regime de Conta Corrente Fiscal.

Logo resta evidente trata-se de exigência de imposto por presunção legal, foi calculado utilizando-se os valores dos TEFs recebidos pela empresa, utilizando a proporcionalidade das entradas e abatendo-se os valores de ICMS recolhidos pela empresa nos exercícios 2017 e 2018.

Cumpre-se registrar que o sujeito passivo entregou ZERADOS as EFD dos exercícios 2017 e 2018.

Observa-se que extrato emitido pelo Sistema INC, cópia juntada pelo autuante sob as fls. 11, comprova que o contribuinte autuado foi excluído do Simples Nacional em 31.12.2016, momento em que passou a se submeter ao sistema de Conta Corrente fiscal e, só retorna à condição de Simples Nacional em 01.01.2019, conforme o NIRE 29201046886, subsequente, a se enquadrar entre as pessoas jurídicas passíveis de fiscalização pelos auditores fiscais.

Verifica-se que o sujeito passivo afirma que efetuou o pagamento do imposto estadual dentro da sistemática de apuração do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, e regulado pelas Resoluções do Comitê Gestor do Simples Nacional, conforme documentos de arrecadação juntados aos autos do processo.

A recorrente em sede de recurso reitera alegações de defesa e aduz mais algumas razoes que passo a analisar por itens conforme a seguir:

- 1- Que sempre cumprir com todas as suas obrigações legais, inclusive aquelas de natureza tributária. Verifico que o sujeito passivo recolheu o ICMS do período do lançamento de forma

equivocada pelo Simples Nacional, pois neste período fiscalizado o contribuinte encontrava-se na condição de apuração pelo regime Normal (Conta Corrente Fiscal) conforme comprova através do Termo de deferimento do Simples Nacional valido a partir de 01.01.2019, sob as fls. 123 a 124.

- 2- Que os argumentos levantados pelo Agente Fiscal, visto que não foram considerados pela ilustre autoridade fiscal os *atos extremamente relevantes à comprovação de inexistência de infração no particular*, bem como de qualquer conduta da Recorrente que pudesse implicar em eventual pagamento a menor de imposto e/ou sonegação do tributo em tela. Sustenta ainda que auto foi lavrado de forma equivocada. Verifico que, o autuante cobrou o lançamento de forma devida, inclusive deduzindo o ICMS recolhido de forma equivocada pelo sujeito passivo nos exercícios 2017 e 2018, conforme comprava sob as fls.06 a 07.
- 3- Que o princípio constitucional da legalidade norteia todos os atos da administração pública. Afirma que neste particular os documentos acostados a defesa anteriormente e ora reiterados ilidem as supostas infrações imposta equivocadamente a recorrente. Neste sentido, verifico que o auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art.39 do RPAF/99, com descrição dos fatos, sua base de cálculo, considerados como infração das obrigações, e foi apresentado de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos.
- 4- Que a conduta do agente de tributos vem a penalizar a parte mais fraca, ou seja o contribuinte e, esclarece que os valores lançados são incertos ou melhor indevidos, já que a recorrente sempre pertenceu ao Regime de tributação do Simples Nacional. Verifico que, a reinclusão no Simples Nacional, no que se refere às três esferas de competência, incluindo o Estado da Bahia, somente ocorreu em 01/01/2019, de acordo com o documento juntado às fls. 123/124, denominado “Termo de Deferimento pelo Simples Nacional”, portanto o lançamento encontra-se devidamente amparado pela legislação Baiana.
- 5- Que a época do equivocado “Indeferimento da Opção do Simples Nacional” processado em 12/02/2017, protocolou contestação/impugnação tempestiva junto à Receita Federal do Brasil para tentar a regularização. Observo que o sujeito passivo foi excluído do Simples Nacional em 2016, por constar débitos não quitados e pendências cadastrais perante os fiscos Federal, Estadual e Municipal. Pendências resolvidas apenas junto à Receita Federal do Brasil, através de liquidação de débito, sendo que a inclusão no Simples Nacional dependerá de regularização da pendencia cadastral e ou fiscal com o Município de Salvador e Estado da Bahia, conforme atesta na Decisão emitida pelo órgão federal, juntado aos autos às fls. 197/198.
- 6- Que houve regular processamento da impugnação da recorrente junto a RFB e a posterior reinclusão no PORTAL DO SIMPLES NACIONAL, em decisão proferida através do Processo Administrativo nº 10580.721476/201712, em 20 de dezembro 2018 e esclarece ser legal e regular todo período 2017 e 2018 que corresponde ao lançamento do imposto. Verifico que a recorrente reconhece e confirma que a regularização junto aos fiscos estadual e municipal só ocorreu em meados de dezembro de 2018, portanto, a recorrente só ficou apta a retornar à Condição de Simples Nacional a partir de 01.01.2019, conforme atesta o termo de deferimento da Opção do Simples Nacional sob as fls. 123 a 124, em cumprimento a norma do art. 109 da Resolução nº 94, do Comitê Gestor do Simples Nacional.
- 7- Que a Lei Complementar nº 123/06, viabiliza a atuação no mercado das pequenas e médias empresas para combater o poderio econômico de grandes empresas concorrentes no mercado. Aduz ainda que, a recorrente sempre cumpriu com todas as suas obrigações, e as eventuais pendências fiscais regularizadas que causou a exclusão do Simples Nacional não trouxe nenhum prejuízo ao erário público. Verifico que a empresa apurou e recolheu o ICMS devido ao Estado da Bahia de forma equivocada através do Regime de Apuração Simples Nacional no que se refere aos exercícios de 2017 e 2018, visto que, a recorrente não estava credenciada e com previsão legal para utilização deste regime de apuração, quando o correto seria fazer apuração e recolher pelo regime normal (Conta Corrente), previsto nos art. 24, 25 e 26 da Lei nº

7014/96.

No mérito, suplica pela Improcedência do Auto de Infração em relação a verdade dos fatos. Roga pelo princípio da verdade material, que convergem todos os outros na busca da mais lúdima justiça e da aplicação adequada do princípio da legalidade.

Neste sentido, constata-se que o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, para cobrança de ICMS sobre as operações de venda de mercadorias, cujas receitas são originárias de informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, tendo por base probatória, os TEF fornecidos pelas instituições financeiras (operadoras de cartão). Ademais, verifico que a recorrente não contesta os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/debito, que serviram de base para o lançamento fiscal em lide.

Por fim, solicita a conversão do processo em diligência como meio de prova dos fatos ora alegados, para fins de apuração dos recolhimentos regularmente efetivados pela Autuada, conforme o seu reconhecido Regime de Tributação (SIMPLES NACIONAL), Assim, como garantia de obtenção da verdade material e de prolação de um julgamento justo e adequado. Não acolho o pedido, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Da análise dos autos do processo, com base nas provas documentais a ele acostadas, reconheço não haver fatos ou razões que deem sustentação ao pretendido pela Recorrente, tendo em vista que o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação vigente a época dos fatos geradores, conforme previsto nos art. 24, 25 e 26 da Lei nº 7014/96.

Diante de tais considerações voto pela manutenção da Decisão de piso.

Pelo exposto, Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## 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** o Auto de Infração nº **298628.0008/20-7**, lavrado contra **MERCADINHO MENDES LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$233.233,31**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS