

PROCESSO	- A. I. N° 232143.0057/19-1
RECORRENTE	- FILEMON FERREIRA PRIMO & CIA. LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0073-02/20-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18.05.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0109-11/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão recorrida julgou Procedente 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. O autuante presta Informação Fiscal à fl. 28.

Após a devida instrução processual, a 2ª JJF assim decidiu:

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 (COTEBA: 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 acelho 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 exhibir 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 “bitributação 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, conterá, 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. Segundo, 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.

O próprio contribuinte apresenta Recurso Voluntário às fls. 47/61, que teceu os mesmos fatos da peça defensiva.

Reproduz a ementa da decisão de piso, na descrição dos fatos – alega cerceamento de defesa, onde transcreve o resumo da peça defensiva (detalhando o cerceamento de defesa devido à falta de fundamentação, afirmado que a ampla defesa não foi constituída nos autos porque o ora recorrente não foi intimado, por inscrito, a prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, durante a ação fiscal, tendo assim, não garantindo a devida ampla defesa, conforme os arts. 2º, 26, III e 39 do RPAF).

Acrescenta que a nulidade evidenciou atos ou omissões ou procedimentos defeituosos, tendo proferido a ação fiscal por arbitramento de lucro sem a desclassificação formal da escrita contábil, se possuir e, a juntada aos autos, por parte da fiscalização, de novos documentos, aditivos ou revisão, sem que o contribuinte tenha sido intimado para se manifestar-se.

Assinalou também que o fiscal autuante é servidor incompetente para os atos praticados na ação fiscal (agente de tributo e não auditor fiscal), impondo a nulidade do procedimento fiscal, conforme o art. 18 do RPAF e o art. 42, II, discorrendo sobre a incompetência da autoridade fiscal. Colaciona decisões do CONSEF (A-0244-04/14; A-0202-05/14).

Transcreve os fatos da autuação (descrição da infração, enquadramento e multa aplicada), além de trazer os argumentos defensivos em relação ao mérito, reproduzindo todas razões postas na inicial. Também apresenta toda a fundamentação do acórdão de piso.

No mérito, pede reforma da Decisão recorrida, pois afirma que é confusa e contraditória a fundamentação da decisão, baseada apenas na informação fiscal, sobre a qual a autuada nem mesmo foi instada a se manifestar.

Argumenta sobre preliminar de nulidade, quando, efetivamente, suscitou a empresa autuada cerceamento de defesa e nulidade.

Em relação à infração imputada, reproduz trecho do acórdão e sustentou que 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 crédito/debito, com o valor dessas vendas declaradas pelo contribuinte em documentos do Simples Nacional.*

Repudia a fundamentação, por evidenciar erro flagrante na apuração da suposta infração presunção de omissão de saídas, haja vista ter considerado todas as operações de vendas como sendo “à vista”.

Chama atenção que o autuante, efetivamente, não realizou auditoria da conta Caixa, sequer, em momento algum da ação fiscal foi intimada a fazer qualquer comprovação, apesar da empresa recorrente ter exibido todos os livros e documentos fiscais e contábeis. Razão esta porque, merece reforma o v. acórdão, divergente da jurisprudência do próprio CONSEF a ex. do (v. Acórdão CJF N° 0216-12/04 – 2º Câmara de Julgamento Fiscal e, 0273-01/07 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal).

Sustenta ainda ser equivocado o argumento, sendo que a fundamentação é contraditória, pois a

suposta infração foi reclamada por suposta OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS – SEM DOLO, infração esta improcedente visto que somente seria exigível, se efetivamente não fossem escrituradas, eis que, todas estão identificadas no cupom fiscal.

Esclarece que quanto aos valores constantes dos demonstrativos decorrentes da *simulação (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 crédito/debito, com o valor dessas vendas declaradas pelo contribuinte em documentos do Simples Nacional*, foram questionados totalmente, tanto que a suposta infração foi objeto de defesa que igualmente se impugna neste recurso.

Pede para que se observe os demonstrativos que, efetivamente é o imposto reclamado, suposta Omissão de receita apurada por levantamento fiscal – Sem dolo: como chamou o autuante, a Lei nº 7.357/98, que instituiu o SIMBAHIA determina (artigo 19), que o tributo deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis nos artigos 15 a 18, sendo que o autuante não procedeu conforme § 1º do artigo 19. Requer a improcedência.

Reitera que, pelo fato de não ter havido análise da escrita contábil ou mesmo sua reconstituição. Explica que o que houve, efetivamente, foi uma simulação sem se acercar o autuante de procedimentos complementares junto ao contribuinte. Assim, a suposta omissão de saídas não reflete a real movimentação financeira, procedimento que não deve ser acatado pelos eméritos julgadores.

Observa-se a totalmente equivocada a fundamentação posta no v. Acórdão que está a merecer reforma, pois se limitou a ratificar o Auto de Infração, relevando o exposto na informação fiscal, não analisando o processo com equidade ao lume da legislação pertinente, assim como da própria Constituição Federal, sem imparcialidade, a sustentar a validade do procedimento fiscal, que se utilizou da prática do ARBITRAMENTO, sem, contudo, avaliar se o procedimento fiscal prejudicou o contribuinte.

Após reproduzir art. 148 do Código Tributário Nacional que trata do arbitramento fiscal, pontua algumas conclusões:

- A. O arbitramento nada mais é do que uma técnica de lançamento de ofício;
- B. Trata-se de uma técnica utilizada para avaliar a base de cálculo do tributo, quando se referir ao valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos;
- C. Que poderá ser utilizada quando inexistir os documentos ou declarações do contribuinte, ou, quando existirem, estes não mereçam fé;
- D. Que a base de cálculo arbitrada sempre poderá ser contestada, administrativa ou judicialmente, pelo contribuinte.

Complementa que o recorrente não se enquadra em qualquer das opções acima, de modo a ensejar o arbitramento efetuado pelo autuante, que, inclusive foi penalizado em multa de 75%. Consignou que o lançamento por arbitramento é uma técnica extrema, a ser aplicada quando não há outra alternativa. No entanto, foi aplicado à autuada e, cujo procedimento fiscal foi totalmente sustentado pelo CONSEF, sem qualquer imparcialidade.

Afirma que o arbitramento não deve ser utilizado à larga. Deve-se evitá-lo sempre que possível, aproveitando-se os dados fornecidos, mesmo que incompletos ou percebidas algumas falhas que possam ser sanáveis. No entanto, apesar da autuada ter apresentado todos os livros e documentos que lhe foram solicitados, estes não foram analisados.

Sustenta que o recorrente escriturou vendas feitas no cartão e identificadas no cupom fiscal. Declarava, porém não identificava a venda no cartão, pois apesar de dispor dos livros contábeis, simulou o autuante suposta omissão de receita – sem dolo, em total dissonância com a legislação, com a realidade financeira e com a Jurisprudência do E. CONSEF – Acórdão CJF nºs 0216-12/04 e 0273-01/07, anexos. Assim, improcedente a infração. Requeru a renovação do procedimento fiscal

ou pela insubsistência do Auto de Infração, no sentido de dar Provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Preliminamente, conheço o Recurso Voluntário emanado da presente Decisão, consoante os termos do art. 169, inciso I, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99.

Evidencio que foram suscitadas pela Recorrente, questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso em exame, as quais serão analisadas primeiramente e em etapa posterior, passo ao exame do mérito do Recurso Voluntário em comento.

No Recurso Voluntário impetrado, inicialmente a Recorrente alega cerceamento de defesa devido à falta de fundamentação do lançamento de ofício e afirma que a ampla defesa não foi constituída nos autos pela ausência de intimação, por inscrito, a prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização, durante a ação fiscal. Sendo assim, não ficou garantindo a devida ampla defesa, conforme os artigos. 2º, 26, III e 39 do RPAF.

Tal alegação não se sustenta porque o autuado foi devidamente intimado em 12/07/2019 a apresentar os livros e documentos necessários a análise do fisco (fl. 03) o e Auto de Infração devidamente constituído contém os pressupostos formais e materiais, bem como o autuado tomou ciência do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do lançamento de ofício.

Nos termos da jurisprudência do STJ há cerceamento do direito de defesa quando a parte, embora pugnando a produção de provas, tem obstado o ato processual e há julgamento contrário ao seu interesse com fundamento na ausência de provas de suas alegações.

Isto posto, não restou caracterizado o alegado cerceamento de defesa presente no Recurso Voluntário impetrado, visto que os elementos de prova constantes dos autos são suficientes para o julgamento da questão e se oportunizou à parte Recorrente a produção das provas que entendessem importantes para o deslinde da causa.

Rejeitada preliminar de cerceamento de direito de defesa.

Com relação a suscitada preliminar de nulidade lastreada na pretensa incompetência do fiscal autuante, que é Agente de Tributos Estaduais, para a constituição do crédito tributário em questão, conforme o art. 18 do RPAF e o art. 42, II.

Temos que a legitimidade dos lançamentos de ofícios constituídos por agentes de tributos estaduais foi pacificada pelo STF. Neste caso, o STF modulou os efeitos de sua decisão para validar os lançamentos efetuados até 31/01/2024, conforme recente decisão da Corte Suprema, em fevereiro de 2024, que deu provimento parcial aos Embargos de Declaração, abaixo reproduzida:

“Decisão: (ED-terceiros) O Tribunal, por unanimidade, deu parcial provimento aos embargos de declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, para, modulando os efeitos da decisão embargada, conceder-lhes efeitos ex nunc, a partir da publicação da ata deste julgamento, preservando a validade dos atos já praticados pelos agentes de tributos estaduais que ingressaram no cargo antes da edição da Lei nº 8.210/02 do Estado da Bahia, nos termos do voto reajustado do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro André Mendonça. Impedido o Ministro Luís Roberto Barroso (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Edson Fachin (Vice-Presidente). Plenário, 1º.2.2024

Rejeitada preliminar de nulidade.

Encerrada a análise das preliminares suscitadas, passo ao exame do mérito do Recurso Voluntário.

No mérito da peça recursal são apresentados os mesmos argumentos já contidos na impugnação (fls. 47 a 61), donde alega que a fundamentação posta no Acórdão recorrido é confusa, contraditória e apenas se baseia na informação do autuante, sobre a qual a autuada nem mesmo

foi instada a se manifestar.

No que tange a à infração imputada na qual a cobrança decorre da 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 crédito/débito, com o valor dessas vendas declaradas pelo contribuinte em documentos do Simples Nacional, os procedimentos realizados pelo agente fiscal se encontram respaldados pela legislação tributária vigente, bem como os valores cobrados decorrem da diferença entre o ICMS declarado em PGDASD e o devido.

Vale ressaltar que as informações prestadas no PGDAS-D têm caráter declaratório, ou seja, são confissão de dívida e suficientes para que as administrações tributárias possam cobrar os impostos e contribuições que não tenham sido pagos, parcelados ou compensados.

Com relação a alegação recursal de que pelo fato de não ter havido análise da escrita contábil ou mesmo sua reconstituição, evidencia, efetivamente, a ocorrência da aplicação do arbitramento. Sendo que a referida técnica de apuração não seria aplicável nas hipóteses previstas no art. 148 do CTN.

Inicialmente, cabe reparo a alegação recursal de que o agente fiscal aplicou a técnica do arbitramento, posto que esta, configura-se numa técnica para definir a base de cálculo do tributo nos casos em que as declarações do sujeito passivo sejam omissas ou não mereçam fé. A *contrário senso*, todas as informações utilizadas pela fiscalização foram fornecidas pelo próprio sujeito passivo através do PGDAS-D e as obtidas no banco de dados de notas fiscais eletrônicas.

Desta forma, não merece guarida as alegações da recorrente de utilização indevida do arbitramento pelo fiscal autuante, bem como a pretensão renovação da ação fiscal pela insubsistência do Auto de Infração.

Por fim, me alinho ao julgador de piso em seu voto condutor, visto que a simples negativa sujeito passivo do cometimento da infração, sem a apresentação de provas, não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Pelo exposto, voto pela manutenção da Decisão recorrida e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 232143.0057/19-1, lavrado contra FILEMON FERREIRA PRIMO & CIA LTDA., devendo ser intimado o recorrente, 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 nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ERICK VASCONCELOS TADEU SANTANA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PG/PROFIS