

**PROCESSO** - A. I. N° 210742.0024/18-7  
**RECORRENTE** - KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0088-02/20-VD  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTRANET 19.12.2024

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0305-11/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DE ALÍQUOTA APLICADA A MENOR. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. 2. VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não há que se falar em *bis in idem* em referência a fatos geradores escriturados sujeitos ao regime da substituição tributária. O que ocorre quando se constata diferenças entre os valores escriturados e os informados por administradoras de cartões em relação às vendas perpetradas por tal meio (cartões de débito e crédito) é uma presunção legal de omissão de saídas tributáveis, que não podem ser compensadas com outras operações. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 2ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0088-02/20-VD), que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/07/2018 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 43.201,57, sob a acusação do cometimento das 02 (duas) irregularidades assim descritas pelo órgão da instância originária:

*“**INFRAÇÃO 01 – 17.03.12** – Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – Sem dolo, no período de janeiro a dezembro de 2014, exigindo o ICMS no valor de R\$ 40.618,96 acrescido de multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007. O autuante informa que o contribuinte optou pela exclusão do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/01/2015.*

***Enquadramento legal:** art. 319 do RICMS/2012 c/c os artigos 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 94/11.*

***INFRAÇÃO 02 – 17.03.16** – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo, no período de janeiro a dezembro de 2014, exigindo o ICMS no valor de R\$ 2.582,61, acrescido de multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006, inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007.*

***Enquadramento legal:** art. 18 e art. 26, inc. I da Lei Complementar nº 123/2006, c/c o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96”.*

A JJF apreciou a lide no dia 04/06/2020 e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos seguintes termos (fls. 231 a 239):

**“VOTO**

*O auto de infração em epígrafe, imputa ao sujeito passivo, contribuinte optante do SIMPLES NACIONAL, o cometimento de duas infrações, conforme consta descrito na peça inaugural do processo, todas impugnadas.*

*Inicialmente cabe apreciar as preliminares de nulidades arguidas pela autuada.*

*Na primeira, alega a existência de vício que afeta a eficácia do lançamento, em virtude da ausência de*

demonstração clara e compreensiva da composição da base de cálculo do ICMS, contrariando a SÚMULA CONSEF nº 01.

Do exame dos autos, não acato a arguição, em razão de constatar que o autuante demonstrou de forma minuciosa, clara e precisa as infrações, relatando detalhadamente esclarecimentos na descrição dos fatos no auto de infração, quanto à forma que empregou para apurar as infrações imputadas, e também informando que o levantamento fiscal tomou por base a receita bruta do autuado, conforme valores das notas fiscais eletrônicas emitidas, a qual foi confrontada com os valores declarados pelo mesmo no PGDAS-D, apurando-se assim, os valores mensais das receitas declaradas a menos pelo autuado, e confrontando os valores registrados como vendas através de cartões de crédito e débito, e as informações prestadas pelas administradoras de cartões.

Na segunda, o sujeito passivo afirma que o autuante aplicou roteiro inadequado para as empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, além da existência de muitos equívocos decorrentes de matéria de fato e de direito, sem, contudo, apontar precisamente quais são esses equívocos.

Rejeito tal argumento, em razão de verificar que os elementos acostados aos autos, demonstram que a ação fiscal ocorreu mediante a utilização do sistema AUDIG – sistema de auditoria homologado pela SEFAZ, constituído de parâmetros estabelecidos na legislação específica do SIMPLES NACIONAL, especialmente observando o que determinam a Lei Complementar nº 123/2006, e a Resolução CGSN nº 94/2011, vigente na época da ocorrência dos fatos geradores, tendo sido revogada a partir de 1º de agosto de 2018 pela Resolução CGSN nº 140, de 22 de maio de 2018, art. 153, inc. I.

A terceira arguição de nulidade, alega cerceamento de defesa em razão do lançamento não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, pois existe, além da contradição entre a base de cálculo declarada e a base de cálculo apurada, a falta de comprovação da origem dos dados do demonstrativo.

Também não merece ser acolhido este argumento, haja vista que os demonstrativos elaborados pelo autuante, gerados pela aplicação dos roteiros de auditoria do sistema AUDIG, foram alimentados com dados obtidos junto as declarações prestadas e transmitidas à RECEITA FEDERAL DO BRASIL pelo contribuinte, além do fato, que robustece as acusações, de ter o autuante carreado aos autos as provas que além de gravadas em mídia eletrônica – CD, fl. 163, foram anexadas em meio físico, cópias de todos os demonstrativos, fls. 12 a 22, do Livro de Registro de Sidas, fls. 23 a 52 e do Livro Caixa, fls. 54 a 161.

Afasto também o argumento de que não houve a demonstração dos cálculos, e a inexistência de documentos que comprovem a infração 01, pelos motivos já expostos.

Na quarta e última arguição de nulidade, esta, firmada na última manifestação, diz que o lançamento é nulo, em razão de o autuante ter extrapolado a sua competência funcional quando lavrou o auto de infração contra um contribuinte não mais optante do SIMPLES NACIONAL, pois tendo requerido sua exclusão do sistema em 21/03/2014, por ter ultrapassado a valor máximo da receita prevista para enquadramento no regime, entende que a partir desta data não mais era optante do SIMPLES NACIONAL, e assim, somente poderia ser fiscalizado por um Auditor Fiscal.

O próprio autuante, em sede de informação, competentemente esclarece a questão. O fato do contribuinte ter requerido à RECEITA FEDERAL DO BRASIL sua exclusão do regime em 21/03/2014, não significa que imediatamente estaria o mesmo excluído, pois a efetivação do pedido somente surtiu os efeitos a partir de 01/01/2015, conforme histórico dos eventos do SIMPLES NACIONAL, folha. 13.

Quanto ao excedente da receita bruta, o art. 3º, inc. II da Lei Complementar nº 123/2006, vigente à época dos fatos, estabelece o valor de R\$ 3.600.000,00 como limite a ser observado, para que um contribuinte permaneça no regime. Ultrapassando esse limite, o contribuinte será excluído do sistema no próximo exercício, caso o excesso de receita não ultrapasse 20% do limite, conforme §§ 9º, 10 e 12 do mesmo artigo.

Foi exatamente isso que ocorreu. O valor da Receita Bruta apurada em 2014, importou em R\$ 4.220.965,93, ultrapassando o limite em R\$ 620.956,93, que corresponde a 17,25% do limite previsto. Dessa forma, observando os dispositivos citados, o contribuinte somente passou a ser não optante do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/01/2015.

Demonstrado que a autuada, no período fiscalizado ainda era optante do SIMPLES NACIONAL, com base no art. 107, §§ 1º e 3º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, o agente autuante se encontrava em pleno exercício de suas funções fiscalizadoras e com evidente competência legal para lavrar o presente auto de infração.

Portanto, não acolho a arguição.

Constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, tendo a autuada exercido plenamente o direito de defesa e do contraditório, demonstrado total entendimento da acusação, de forma que considero o lançamento isento de mácula que possa contaminá-lo de nulidade.

No mérito, a infração 01 refere-se à omissão de receita apurada mediante levantamento fiscal e a infração 02 a omissão de saída de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento das vendas com cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado pelas administradoras de cartões.

Quanto à infração 01, a defesa alega que o autuante considerou no demonstrativo, no campo VALORES DECLARADOS NO PGDASD, que a receita dos últimos doze meses foi zero, e não informou a origem da receita que consta na parte do demonstrativo denominada VALORES APURADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL, argumento que não procede, haja vista que o autuante, em sede de informação fiscal, esclareceu que os valores consignados na coluna VALORES APURADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL, correspondem aos valores da receita bruta acumulada dos últimos doze meses, consoante previsão do art. 18 da Lei Complementar nº 123/2006, tendo como fonte, os valores apurados no levantamento fiscal oriundo dos cupons e notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

A autuada também questiona a aplicação da alíquota de 3,95%, somente devida quando o contribuinte tenha ultrapassado a receita bruta nos últimos doze meses, no montante de R\$ 3.420.000,00, portanto, requer a demonstração de que ela obteve tal receita nos últimos doze meses, isto porque, no demonstrativo não restou claro qual o valor da receita foi considerado zero, ou em valor superior a R\$ 3.600.000,00.

O autuante esclareceu que ocorreu um erro de processamento, omitindo a receita bruta acumulada do ano anterior, no valor de R\$ 3.300.879,39, no mês de janeiro de 2014, demonstrativo de fl. 20, valor este declarado no PGDAS de dezembro de 2014, fl. 11, e assim, foram calculadas as demais receitas brutas pela média aritmética das receitas de 2014, desconsiderando a receita bruta anterior, fato esse que implicou em alteração das alíquotas, e consequentemente, redução dos valores a recolher.

É fato que este equívoco não influencia na determinação da alíquota aplicável, haja vista que já em fevereiro de 2014, foi adicionada a receita acumulada no período anterior, considerando o valor corretamente informado no PGASD.

Este fato somente foi observado pelo autuante quando elaborou a informação fiscal, e assim procedeu à retificação do levantamento, resultando na majoração dos valores cobrados, de R\$ 43.201,57, para R\$ 45.519,14.

Constato, que efetivamente, o contribuinte declarou para 2014 os valores de receita bruta acumulada para todos os meses, valores zerados. Contudo, com base nos valores declarados pelo contribuinte, inclusive o da receita bruta dos últimos doze meses, antes de janeiro de 2014, no valor de R\$ 3.300.879,39, conforme declaração original PGDAS-D, fls. 11 e 12, restou demonstrado que o contribuinte auferiu em 2014 a receita total de R\$ 3.969.782,16, sendo R\$ 3.721.027,90 através de cupons fiscais, e R\$ 248.754,26 por meio de notas fiscais emitidas, tudo obtido dos registros informados pelo contribuinte e demonstrado nos arquivos gravados do CD.

Verifico que o sujeito passivo não trouxe aos autos quaisquer elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal, tampouco apresentou argumentos acompanhados de fundamentação fática que possam descaracterizar a infração.

Cabe, entretanto, observar, que apesar do autuante ter identificado na fase da informação fiscal, o erro no processamento, fato que o levou a elaborar novo demonstrativo alterando o valor da infração 01 de R\$ 40.618,98 para R\$ 42.830,29, não é possível considerar o novo valor apurado, tendo em vista o que dispõe o art. 156 do RPAF/99.

O citado regulamento preservando a certeza e a segurança do lançamento, além de observar o devido processo legal e o princípio da ampla defesa, determina que mesmo ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro auto de infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do citado dispositivo, o que faço desde já.

Portanto, cabe a exclusão dos valores incluídos pelo autuante, quando da informação fiscal, conforme demonstrativos a fl. 195, devendo serem mantidos os valores originalmente cobrados.

Considero subsistente a infração 01 no valor de R\$ 40.618,98.

A defesa não apresenta argumentos contra a infração 02 que decorre de presunção legal de omissão de saída de mercadoria tributável, também apurada em auditoria com a utilização do sistema AUDIG, confrontando as informações das administradoras de cartões de crédito e débito – TEF, relativas a vendas com pagamento de cartões de crédito/débito com o valor dessas vendas declarado pelo contribuinte em documentos do SIMPLES NACIONAL.

Verifico que foi entregue ao contribuinte, cópia dos Relatórios TEF Diário, por Operação e Mensal, fl. 164, permitindo ao contribuinte ter elementos para se defender, apesar de não ter se manifestado acerca da questão, demonstrando que não há pontos do trabalho fiscal a combater.

A acusação tem suporte no art. 4º, inc. IV, alínea “b” da Lei nº 7014/96, vigente na época dos fatos geradores,

*in verbis:*

*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:*

*(...)*

*b) administradoras de cartões de crédito ou débito. (Redação vigente até 22/12/2017).*

*Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza, pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram.*

*Entretanto, a autuada não apresentou argumentos, tampouco trouxe aos autos uma prova sequer que contraria a acusação, não apontou qualquer equívoco ocorrido no levantamento produzido, de modo a justificar as diferenças apuradas e assim cumprir com o ônus de tornar improcedente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.*

*Assim, considero subsistente a infração 02.*

*Em relação ao agravamento da infração 01, conforme previsto no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, tendo em vista a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, para cobrança do valor excedente apurado.*

*Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.*

Respalado no art. 169, I, “b” do RPAF/99, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 250 a 255.

Alega que ocorreu *bis in idem* na exigência contida na infração 02, pois os julgadores não observaram as saídas que já haviam ocorrido sob o regime da substituição tributária. “Desse modo, fica demonstrado equívoco no cálculo efetuado pelo autuante, ao não considerar, de forma dedutível, o imposto retido e recolhido pelo autuado”.

Por isso, entende que houve violação à proibição de confisco.

Fornece endereço para correspondências processuais e pugna pela procedência parcial do Auto de Infração.

Os fatos auditados são de janeiro a dezembro de 2014, período em que o contribuinte era optante do Simples Nacional, tendo sido excluído no dia 01/01/2015. O Auto de Infração foi lavrado em 26/07/2018.

Assim sendo, de acordo com o documento de fls. 253/254, a 1ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal) converteu o feito em diligência à PGE/PROFIS para saber se o agente autuante possuía competência para fiscalizar e autuar em data na qual o contribuinte já não era optante do Regime Simplificado, em relação a fatos ocorridos em período no qual era enquadrado no mesmo.

Às fls. 288 a 290, em Parecer exarado pelo i. procurador Dr. José Augusto Martins Junior, a PGE/PROFIS respondeu que sim, o agente de tributos estaduais possuía competência para constituir crédito tributário contra empresa não optante do Simples Nacional na data da lavratura, em face de situações constatadas quando ainda presente a condição de optante.

## **VOTO**

O presente Auto de Infração foi lavrado por agente de tributos, no dia 26/07/2018.

Por isso, cumpre esclarecer que o STF concluiu o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (ALBA), relativos à ADI 4.233, no Plenário, em Sessão Virtual ocorrida no período de 10/11/2023 a 20/11/2023.

O *quórum* do julgamento foi de 9x0, com o ministro Luís Roberto Barroso dando-se por impedido. O colegiado não estava completo, pois a vaga da ex-ministra Rosa Weber ainda não havia sido preenchida.

Na decisão da Corte, os ministros acompanharam, à unanimidade, o voto do relator (ministro Alexandre de Moraes), oportunidade em que acolheram parcialmente os embargos de declaração para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade anteriormente publicada, conforme abaixo.

*“Voto: Diante do exposto, NÃO CONHEÇO dos Embargos de Declaração opostos pelo Sindicato dos Servidores da Fazenda do Estado da Bahia SINDSEFAZ e pela Federação dos Trabalhadores Públicos do Estado da Bahia FETRAB e ACOLHO PARCIALMENTE os 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-lhe efeitos ex tunc, a partir da data da publicação do acórdão embargado”.*

Assim, com base na decisão ora adotada (no dia 20/11/2023), é possível concluir que a Corte Suprema modulou os efeitos da sua anterior decisão de mérito (DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 29/04/2021 - ATA Nº 70/2021. DJE nº 80, divulgado em 28/04/2021) para que somente produzisse efeitos a partir do dia 29/04/2021, em diante (sem, portanto, retroagir).

Nesse sentido, os Autos de Infração lavrados por agentes de tributos estaduais anteriores ao dia 29/04/2021 NÃO são afetados pela decisão do STF, devendo o CONSEF avaliar regularmente a pertinência (ou não) das respectivas exigências tributárias.

Quanto aos Autos de Infração lavrados posteriormente a essa data (dia 29/04/2021), tais lançamentos, se houver, devem ser julgados à luz da decisão proferida pelo STF, ou seja, devem ser declarados nulos, por incompetência da autoridade lançadora.

O caso em apreço tem uma peculiaridade adicional.

É que os fatos auditados são de janeiro a dezembro de 2014, período em que o contribuinte era optante do Simples Nacional, tendo sido excluído no dia 01/01/2015. O Auto de Infração foi lavrado em 26/07/2018.

De acordo com o documento de fls. 253/254, a 1ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal) converteu o feito em diligência à PGE/PROFIS para saber se o agente autuante possuía competência para fiscalizar e autuar em data na qual o contribuinte já não era optante do Regime Simplificado, em relação a fatos ocorridos em período no qual estava enquadrado no mesmo.

Às fls. 288 a 290, mediante Parecer exarado pelo i. procurador Dr. José Augusto Martins Junior, a PGE/PROFIS respondeu que sim, o agente de tributos estaduais possuía competência para constituir crédito tributário contra empresa não optante do Simples Nacional na data da lavratura, em face de situações constatadas quando ainda presente a condição de optante.

No que concerne aos demais aspectos referentes à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões suscitadas na impugnação, o autuante e os julgadores de Primeira Instância expuseram com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveram a imputação, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra acertado, claro e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, da motivação, do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação e no Recurso.

No mérito, não há que se falar em *bis in idem* em referência a fatos geradores escriturados sujeitos ao regime da substituição tributária. O que ocorre quando se constata diferenças entre os valores escriturados e os informados por administradoras de cartões em relação às vendas

perpetradas por tal meio (cartões de débito e crédito) é uma presunção legal de omissão de saídas tributáveis, que não podem ser compensadas com outras operações.

*“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:*

*(...)*

*b) administradoras de cartões de crédito ou débito. (Redação vigente até 22/12/2017) ”.*

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## 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 210742.0024/18-7, lavrado contra **KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 43.201,57**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/2006 c/c inc. I, do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei Federal nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

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