

PROCESSO	- N. F. N° 216475.0004/19-7
RECORRENTE	- LA PULPERIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 6ª JJF nº 0154-06/20NF-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 20.01.2025

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0342-11/24-VD

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS DE ICMS POR ERRO DA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA. Apurada a existência de diferenças de imposto a recolher em parte do período Fiscalizado. Decidido em Primeira Instância como procedente a infração, foi impetrado o Recurso Voluntário ora apreciado, face a decisão Judicial pela concessão de Mandado de Segurança (Processo nº 8135126-672020.8.05.0001) contra a decisão do Presidente do CONSEF que recusou a análise do Recurso Voluntário. Ao examinar o pedido de Controle da Legalidade, a PGE determinou a realização de diligência junto a fiscal que após revisão, retificou os valores e reduziu o débito, não contestados pela Recorrente. Infração parcialmente subsistente. Representação da PGE/PROFIS ACOLHIDA. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** NOTIFICAÇÃO FISCAL **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão proferida pela 6ª JJF, nos termos do art. 169, inc. I, alínea “b” do RPAF/99, que, através do Acórdão JJF nº 0154-06/20NF-VD julgou Procedente a Notificação Fiscal, lavrada em 01/11/2019 que exige o ICMS no valor de R\$ 15.964,35, acrescido de multa no percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

*Infração 01 –17.02.01: Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de pequeno porte – Simples Nacional, implicando, dessa forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor.*

A notificada impugnou o lançamento às fls. 34 a 38, quando aduziu que o valor exigido na infração estaria incorreto, diante do critério adotado na proporcionalidade das operações, considerando o imposto já recolhido em relação às operações tributadas, pois estaria equivocado.

À época, pediu a reunião das Notificações Fiscais nºs. 2164750004/19-7 e 2164740005/19-3 em razão da conexão entre elas, com base no art. 55, § 1º do Código de Processo Civil. A informação fiscal prestada pelo notificante, fls. 48 e 49, conclui pela manutenção da infração.

A decisão da JJF, às fls. 55 a 66, fundamentou-se nos seguintes termos:

#### VOTO

*A Notificação Fiscal contém, uma única infração elencada que diz respeito a ter a notificada efetuado recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de pequeno porte – Simples Nacional, implicando, dessa forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor.*

*Apreciando preliminarmente a primeira arguição de nulidade sob o argumento de que o lançamento de ofício não conteria os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, e que os dispositivos enquadrados pelo preposto fiscal não tipificaria nenhuma infração, que teve como espeque no art. 18, IV, “a”,*

do RPAF, tenho a dizer que se considerarmos que a acusação fiscal se refere a recolhimentos a menos do Simples Nacional, de certo que os dispositivos apontados pelo notificante, que dizem respeito a apuração e pagamento estão condizentes com a infração apontada, pois denota que não foram observados corretamente. Afasto, portanto, está arguição de nulidade.

Quanto à segunda arguição de nulidade que teve base na alegação de que as vendas com Cupom Fiscal computadas pelo notificante no ANEXO 02, não estariam de acordo com os valores constantes nas Reduções Z emitidas, apresentando planilhas que denotariam estas diferenças.

Analizando a arguição em tela, verifiquei que os questionamentos feitos não trazem sustentação em provas, o que é rechaçado pelo RPAF (art. 142 e 143), sobretudo considerando que se trata de dados que estão em poder da Impugnante, sendo este o principal motivo para ser afastado esta arguição de nulidade.

Entretanto, a inconsistência da alegação não se restringe a falta de provas, pois fazendo o somatório das colunas que compõe o segundo demonstrativo sobre este tema, verifiquei que a despeito dos números apresentarem diferenças não comprovadas, a somatória final do exercício não apresenta diferença alguma, considero que este fato demonstra, sobretudo pela omissão quanto ao que alega, inconsistência da planilha apresentada pela defesa e nunca do notificante. Foi o que comprovei e será demonstrado quando do confrontamento do mérito.

Deste modo, afasto a segunda arguição de nulidade visto não estar configurada nos autos a inconsistência acerca dos apontamentos referente entre as vendas líquidas com Cupom Fiscal e os valores lançados nos respectivos ANEXO 2.

Passando ao mérito, inicialmente a defesa arguiu que ao analisar os documentos intitulados ANEXO 2 – APURAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA DE BASE DE CÁLCULO relativos a cada um dos exercícios fiscais, constatou que o preposto fiscal lançou valores de vendas para “MFD - CUPOM FISCAL”, aparentemente com origem nas Reduções Z emitidas. E disse haver entendido que o resultado apurado pelo preposto fiscal como “DBC – DIFERENÇA DE BASE DE CÁLCULO” em cada exercício fiscal corresponderia à totalidade dos valores mensais supostamente omitidos da receita declarada pela autuada.

Salientou que buscando interpretar os demonstrativos da notificante, que descreveu estarem, por si só, confusos, afirmou ter entendido, apesar de não ter certeza, quanto a se o ANEXO 2 - apuração de diferença entre valores de vendas com Cupom Fiscal e valores de receitas declaradas pela autuada.

Arrematou que as vendas com Cupom Fiscal não estariam de acordo com os valores constantes nas Reduções Z emitidas.

Todavia ao enfrentar esse argumento em sede de preliminar, pois a defesa o utilizou para relativizar o trabalho do fisco e arguir a nulidade do feito, como se pode observar acima, pois verifiquei que este argumento não procede, haja vista que refazendo os cálculos conforme demonstrei adiante através de demonstrativos próprios, a diferença não se sustenta ao ser computada a soma total do exercício, além disso, não consta dos autos elementos probantes desta alegação defensiva.

Veja-se:

PERÍODO		VENDAS		ANEXO 2	DIFERENÇA
ANO	MÊS	BRUTA	LIQUIDA		
2015	1	177.952,18	175.975,50	175.764,80	210,70
2015	2	149.951,80	145.216,42	144.573,32	643,10
2015	3	201.585,30	198.347,17	199.200,97	-853,80
2015	4	278.595,66	186.210,13	185.079,13	1.131,00
2015	5	410.902,36	256.861,30	257.992,30	-1.131,00
2015	6	219.348,96	216.338,44	216.338,44	0,00
2015	7	228.842,51	223.075,44	222.454,94	620,50
2015	8	217.267,80	207.984,07	208.604,57	-620,50
2015	9	205.902,05	154.736,67	153.907,97	828,70
2015	10	281.158,40	191.427,49	192.256,19	-828,70
2015	11	918.875,08	242.951,45	242.951,45	0,00
2015	12	232.612,38	205.985,70	205.985,70	0,00
TOTALS		3.290.382,10	2.199.124,08	2.199.124,08	0,00

PERÍODO		VENDAS		ANEXO 2	DIFERENÇA
ANO	MÊS	BRUTA	LIQUIDA		
2016	1	230.156,84	222.006,40	222.006,40	0,00
2016	2	161.813,39	157.180,19	157.180,19	0,00
2016	3	201.346,76	196.755,36	196.755,36	0,00
2016	4	242.847,59	240.071,61	239.695,61	376,00
2016	5	287.471,10	281.286,97	281.662,97	-376,00
2016	6	229.738,70	226.433,13	226.433,13	0,00

2016	7	306.906,50	291.262,01	291.262,01	0,00
2016	8	266.183,30	262.714,14	262.714,14	0,00
2016	9	324.885,43	319.666,02	318.795,92	870,10
2016	10	305.793,42	301.172,17	302.042,27	-870,10
2016	11	366.895,90	362.884,40	362.325,40	559,00
2016	12	381.769,22	374.264,58	374.823,58	-559,00
<b>TOTAIS</b>		<b>3.305.808,15</b>	<b>3.235.696,98</b>	<b>3.235.696,98</b>	<b>0,00</b>

<b>PERÍODO</b>		<b>VENDAS</b>		<b>ANEXO 2</b>	<b>DIFERENÇA</b>
<b>ANO</b>	<b>MÊS</b>	<b>BRUTA</b>	<b>LIQUIDA</b>		
2017	1	299.395,04	294.482,31	294.482,31	0,00
2017	2	262.811,15	259.959,41	259.959,41	0,00
2017	3	313.761,97	303.200,91	302.136,01	1.064,90
2017	4	310.853,41	304.976,42	306.041,32	-1.064,90
2017	5	378.199,87	374.034,34	374.034,34	0,00
2017	6	356.354,50	352.693,18	352.520,28	172,90
2017	7	376.453,49	372.591,30	372.764,20	-172,90
2017	8	303.084,61	298.809,42	298.809,42	0,00
2017	9	306.491,90	301.480,08	300.904,18	575,90
2017	10	349.940,00	332.661,04	333.236,94	-575,90
2017	11	360.389,40	353.087,82	353.087,82	0,00
2017	12	375.644,22	368.357,26	368.357,26	0,00
<b>TOTAIS</b>		<b>17.418.372,44</b>	<b>14.991.961,31</b>	<b>14.991.961,31</b>	<b>0,00</b>

Afasto, portanto esta alegação, pois ao contrário do que alega a defesa (ver demonstrativos acima) não há diferenças comprovadas pela defesa no levantamento fiscal entre a planilha do notificante e os dados colhidos do ECF única comparação passível de comprovar inconsistência do levantamento fiscal.

Quanto a alegação de não haver recebido o relatório TEF (cartão) mencionado no ANEXO 2-A, de 2015, reputo inconsistente, pois a acusação está configurada e os dados constam, conforme apontou a defesa, no anexo retro mencionado, caberia ao invés de alegar não recebimento do espelho daqueles dados, apresentar documentos probantes de que eles não são consistentes, a simples alegação não tem valor probatório, ex vi dos artigos 142 e 143 do RPAF. Não há cabimento em dizer que não tem conhecimento de levantamento neste sentido e ao mesmo tempo apontar a planilha do levantamento fiscal onde consta o levantamento renegado. Por isso não acolho esta alegação defensiva.

Quanto a alegação de que o preposto fiscal apurou o percentual para “Proporção da substituição tributária” sem especificar o critério utilizado e sem apresentar os demonstrativos para os valores apurados, verifiquei que ao contrário, o exemplo contido no demonstrativo à fl.19 colunas 04 e 05, entre outras, se pode observar que os dados referentes as proporções de saídas substituídas e saídas normais foram colhidos da PGDAS informadas pela Impugnante. Por isso não há falar em cerceamento ao direito de ampla defesa e ao contraditório, nem nulidade do feito por esse motivo. Deste modo afasto esta alegação defensiva.

Destarte, voto pela Procedência desta Notificação Fiscal.

Inconformado com a decisão da Junta de Julgamento Fiscal, a notificada apresentou Recurso Voluntário, fls. 73 a 88, no qual inicialmente arguiu, com base nos dispositivos da Lei nº 3.956/81 – COTEB, que não há previsão para desconhecer Recurso Voluntário contra decisão de Primeira Instância no julgamento de Notificação Fiscal, razão pela qual entende que o recurso deverá ser conhecido e apreciado por uma das Câmaras do CONSEF.

Faz um breve relato do lançamento para exigir o ICMS sob alegação de omissão de receita apurada através de levantamento fiscal de empresa optante do Simples Nacional e ressalta que no mesmo procedimento fiscal foram lavradas duas Notificações Fiscais, uma de nº 216475.0005/19-3 e a presente, em discussão.

Em seguida, reproduz todas as razões apresentadas na impugnação e, passando a tratar do julgamento em primeira instância e do acórdão recorrido, relata que na sustentação oral, o representante da Recorrente pontuou que: **(a)** a Fiscal quando apresentou as informações, não atendeu ao disposto no § 3º, do art. 129 da Lei nº 3.956/1981, porque apresentou demonstrativos sem oportunizar a defesa em analisa-los; **(b)** não foi apresentado o Anexo 1 citado no Anexo 2 dos demonstrativos, para todos os exercícios fiscalizados; **(c)** não foi apresentado o Anexo 3 referente a 2016; **(d)** no demonstrativo de receitas apuradas, apresentado no arquivo “RECEITA 2015 2016 2017- LA PULPERIA.pdf”, não é possível visualizar as informações de ICMS recolhido em novembro

e dezembro de 2015, 2016 e 2017; **(e)** a Fiscal não apresentou demonstrativos da apuração dos percentuais de proporcionalidade das operações tributadas, mesmo diante da informação fiscal de que foram calculados com base nos valores de “compras” declaradas na PGDAS, o que classificou como absurdo, pois não existe informação de compra na PGDAS; **(f)** em dezembro de 2017 (Anexo 3) foi considerado R\$ 3.060,50 para ICMS DECLARADO em 12/2017, quando o correto é R\$ 16.848,02, conforme PGDAS; e **(h)** foi lançado o débito principal de R\$ 14.090,71 quando deveria ser R\$ 303,19, gerando erro no lançamento indevido no débito principal de R\$ 13.787,52, sendo lançado R\$ 15.964,35.

Ressalta que as alegações não foram apreciadas no julgamento, como também o pedido de conexão entre as notificações fiscais, omissões que aniquilam o acórdão recorrido, com base no art. 18, incisos II e III do RPAF/99, fatos que justificam o provimento do Recurso Voluntário.

Aduz que a conexão entre as Notificações (nºs 216475.0004/19-7 e 216475.0005/19-3) se justifica em razão de terem por base o mesmo procedimento fiscal e os mesmos demonstrativos iniciais, sendo em ambas contam com demonstrativos inconsistentes.

Ressalta o tratamento diferenciado dado pelo CONSEF para as duas Notificações, e pela similaridade das informações fiscais, conclui que os demonstrativos foram juntados na informação fiscal, justifica a aplicação também da parte final do § 1º, do art. 18 do RPAF/99.

Sinaliza que a alegação de preterição ao direito de defesa por não conhecer a informação fiscal sequer foi deliberada pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, o que consiste em ato de omissão e se enquadra na hipótese do inc. II do art. 18, do RPAF/BA.

Informa que a Recorrente apresentou levantamentos sintetizados na defesa, com base em informações obtidas a partir da mesma base de dados que a Fiscal utilizou para elaborar os demonstrativos. Entretanto, o Relator não admitiu os demonstrativos da Recorrente por não haver indicação da origem das informações.

Ressalta que o Relator utilizou os demonstrativos da Recorrente para validar o levantamento da notificante e apresentou quadros comparativos, no qual o somatório anual é o mesmo, porém nos totais mensais há diferenças.

Lembra que o lançamento foi mensal e o próprio relator apontou diferenças mensais em seus “demonstrativos próprios”.

Frisa que a notificante informou que a proporcionalidade pelas compras foi aplicada no cálculo, já que vende mercadorias sujeitas à substituição tributária também, índice esse obtido tomando por base os valores de compras com substituição tributária, sendo que a conclusão do Relator diverge da informação fiscal.

Apresenta quadro contendo os valores das operações de saídas, dos quais pode-se apurar a proporcionalidade.

PERÍODO		VENDAS		SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA						
Ano	Mês	BRUTA	LÍQUIDA	01T0500	03T1200	04T1700	05T2500	F1	I1	N1
2015	1	177.952,18	175.975,50	0,00	0,00	21.330,06	0,00	125.009,41	29.636,03	0,00
2015	2	149.951,80	145.216,42	0,00	0,00	19.266,01	0,00	100.978,20	24.972,21	0,00
2015	3	201.585,30	198.347,17	0,00	0,00	27.414,14	0,00	136.662,69	34.270,34	0,00
2015	4	278.595,66	186.210,13	502,84	292,50	27.664,19	0,00	137.612,95	20.137,65	0,00
2015	5	410.902,36	256.861,30	0,00	416,00	31.179,35	0,00	206.056,01	12.972,44	6.237,50
2015	6	219.348,96	216.338,44	0,00	234,00	24.578,85	0,00	183.305,55	4.826,84	3.393,20
2015	7	228.842,51	223.075,44	0,00	117,00	29.914,88	0,00	186.914,50	6.129,06	0,00
2015	8	217.267,80	207.984,07	0,00	286,00	30.862,51	0,00	171.214,21	5.621,35	0,00
2015	9	205.902,05	154.736,67	0,00	332,82	22.114,27	0,00	127.653,09	4.636,49	0,00
2015	10	281.158,40	191.427,49	0,00	286,00	26.037,26	0,00	158.213,65	6.890,58	0,00
2015	11	918.875,08	242.951,45	0,00	257,41	25.578,91	0,00	160.983,03	56.132,10	0,00
2015	12	232.612,38	205.985,70	0,00	182,00	26.099,57	0,00	168.241,38	11.462,75	0,00
2016	1	230.156,84	222.006,40	0,00	182,00	28.912,96	0,00	185.205,12	7.706,32	0,00
2016	2	161.813,39	157.180,19	0,00	169,00	19.067,96	0,00	132.435,09	5.508,14	0,00

2016	3	201.346,76	196.755,36	0,00	143,00	22.985,25	0,00	167.535,51	6.091,60	0,00
2016	4	242.847,59	240.071,61	0,00	13,00	29.654,22	0,00	201.732,29	8.672,10	0,00
2016	5	287.471,10	281.286,97	0,00	0,00	28.380,23	0,00	241.814,41	11.092,33	0,00
2016	6	229.738,70	226.433,13	0,00	0,00	26.516,55	0,00	189.846,00	10.070,58	0,00
2016	7	306.906,50	291.262,01	0,00	0,00	37.262,98	0,00	241.851,61	12.147,42	0,00
2016	8	266.183,30	262.714,14	0,00	0,00	9.618,15	0,00	240.697,41	12.398,58	0,00
2016	9	324.885,43	319.666,02	0,00	0,00	0,00	0,00	289.064,43	30.601,59	0,00
2016	10	305.793,42	301.172,17	0,00	0,00	0,00	0,00	273.508,94	27.663,23	0,00
2016	11	366.895,90	362.884,40	0,00	0,00	0,00	0,00	246.396,78	116.487,62	0,00
2016	12	381.769,22	374.264,58	0,00	0,00	0,00	0,00	334.015,34	40.249,24	0,00
2017	1	299.395,04	294.482,31	0,00	0,00	0,00	0,00	257.692,63	36.789,68	0,00
2017	2	262.811,15	259.959,41	0,00	0,00	0,00	0,00	219.607,47	40.351,94	0,00
2017	3	313.761,97	303.200,91	0,00	0,00	0,00	0,00	267.269,57	35.931,34	0,00
2017	4	310.853,41	304.976,42	0,00	0,00	0,00	0,00	272.067,68	32.908,74	0,00
2017	5	378.199,87	374.034,34	0,00	0,00	0,00	0,00	340.422,60	33.611,74	0,00
2017	6	356.354,50	352.693,18	0,00	0,00	0,00	0,00	311.807,14	40.886,04	0,00
2017	7	376.453,49	372.591,30	0,00	0,00	0,00	0,00	326.309,68	46.281,62	0,00
2017	8	303.084,61	298.809,42	0,00	0,00	0,00	0,00	268.612,22	30.197,20	0,00
2017	9	306.491,90	301.480,08	0,00	0,00	0,00	0,00	267.883,14	33.596,94	0,00
2017	10	349.940,00	332.661,04	0,00	0,00	0,00	0,00	273.670,73	58.990,31	0,00
2017	11	360.389,40	353.087,82	0,00	0,00	0,00	0,00	283.398,59	69.689,23	0,00
2017	12	375.644,22	368.357,26	0,00	0,00	0,00	0,00	306.622,66	61.734,60	0,00

Junta arquivo com as informações extraídas do ECF da Recorrente - Anexo-02 que são as mesmas informações utilizadas pela Fiscal e aponta que as proporcionalidades podem ser apuradas com base nas saídas realizadas, resultando nos seguintes percentuais:

PERÍODO		VENDAS		RECEITA BRUTA		%PROPORÇÃO	
Ano	Mês	BRUTA	LÍQUIDA	Tributada	ST	TRIB	ST
2015	1	177.952,18	175.975,50	50.966,09	125.009,41	28,96%	71,04%
2015	2	149.951,80	145.216,42	44.238,22	100.978,20	30,46%	69,54%
2015	3	201.585,30	198.347,17	61.684,48	136.662,69	31,10%	68,90%
2015	4	278.595,66	186.210,13	48.597,18	137.612,95	26,10%	73,90%
2015	5	410.902,36	256.861,30	50.805,29	206.056,01	19,78%	80,22%
2015	6	219.348,96	216.338,44	33.032,89	183.305,55	15,27%	84,73%
2015	7	228.842,51	223.075,44	36.160,94	186.914,50	16,21%	83,79%
2015	8	217.267,80	207.984,07	36.769,86	171.214,21	17,68%	82,32%
2015	9	205.902,05	154.736,67	27.083,58	127.653,09	17,50%	82,50%
2015	10	281.158,40	191.427,49	33.213,84	158.213,65	17,35%	82,65%
2015	11	918.875,08	242.951,45	81.968,42	160.983,03	33,74%	66,26%
2015	12	232.612,38	205.985,70	37.744,32	168.241,38	18,32%	81,68%
2016	1	230.156,84	222.006,40	36.801,28	185.205,12	16,58%	83,42%
2016	2	161.813,39	157.180,19	24.745,10	132.435,09	15,74%	84,26%
2016	3	201.346,76	196.755,36	29.219,85	167.535,51	14,85%	85,15%
2016	4	242.847,59	240.071,61	38.339,32	201.732,29	15,97%	84,03%
2016	5	287.471,10	281.286,97	39.472,56	241.814,41	14,03%	85,97%
2016	6	229.738,70	226.433,13	36.587,13	189.846,00	16,16%	83,84%
2016	7	306.906,50	291.262,01	49.410,40	241.851,61	16,96%	83,04%
2016	8	266.183,30	262.714,14	22.016,73	240.697,41	8,38%	91,62%
2016	9	324.885,43	319.666,02	30.601,59	289.064,43	9,57%	90,43%
2016	10	305.793,42	301.172,17	27.663,23	273.508,94	9,19%	90,81%
2016	11	366.895,90	362.884,40	116.487,62	246.396,78	32,10%	67,90%
2016	12	381.769,22	374.264,58	40.249,24	334.015,34	10,75%	89,25%
2017	1	299.395,04	294.482,31	36.789,68	257.692,63	12,49%	87,51%
2017	2	262.811,15	259.959,41	40.351,94	219.607,47	15,52%	84,48%
2017	3	313.761,97	303.200,91	35.931,34	267.269,57	11,85%	88,15%
2017	4	310.853,41	304.976,42	32.908,74	272.067,68	10,79%	89,21%
2017	5	378.199,87	374.034,34	33.611,74	340.422,60	8,99%	91,01%
2017	6	356.354,50	352.693,18	40.886,04	311.807,14	11,59%	88,41%
2017	7	376.453,49	372.591,30	46.281,62	326.309,68	12,42%	87,58%
2017	8	303.084,61	298.809,42	30.197,20	268.612,22	10,11%	89,89%
2017	9	306.491,90	301.480,08	33.596,94	267.883,14	11,14%	88,86%
2017	10	349.940,00	332.661,04	58.990,31	273.670,73	17,73%	82,27%
2017	11	360.389,40	353.087,82	69.689,23	283.398,59	19,74%	80,26%

2017	12	375.644,22	368.357,26	61.734,60	306.622,66	16,76%	83,24%
------	----	------------	------------	-----------	------------	--------	--------

Assegura que aplicados os percentuais acima, a empresa pagou o imposto a maior em todos os meses.

Destaca que no arquivo “*RECEITA 2015 2016 2017- LA PULPERIA.pdf*” apresentado pela notificante não aparecem os valores recolhidos para os meses de novembro e dezembro de 2015, 2016 e 2017, fato acusado na sustentação oral: a Fiscal informou R\$ 3.060,50 para ICMS DECLARADO ao passo que o valor correto seria de R\$ 16.848,02, conforme PGDAS de 12/2017, conforme trecho plotado, argumento ignorado pelos julgadores da JJF.

Afirma que apesar de citado o Anexo 1 nos demonstrativos, este não existe, assim como o Anexo 3 para 2016, fato que impediu a apuração dos valores devidos para aquele exercício, também ignorado pelos julgadores.

Requer o conhecimento e acolhimento do presente recurso para: **(a)** anular o Acórdão JJF nº 0154-06/20NF-VD, diante da preterição ao direito de defesa; ou **(b)** reformar o acórdão, caso não seja anulado, pelas razões de mérito apresentadas.

Em despacho, fl. 135, consta parecer da Coordenação Administrativa do CONSEF, sugerindo a Presidência do CONSEF o não conhecimento do Recurso Voluntário, considerando que o RPAF/99, no seu art. 176, inc. I, alínea “b”, prevê que as Notificações Fiscais são julgadas em instância única. O Presidente do CONSEF, acolheu e decidiu pelo Não Conhecimento da petição com base no art. 173, inc. IV e § 2º do RPAF/99.

Notificado da decisão, o sujeito passivo, apresentou, fls. 142 a 144, Pedido de Reconsideração, arguindo que o COTEB não traz previsão para não conhecimento de Recurso Voluntário contra decisão de Primeira Instância de Notificação Fiscal e considerando que o Decreto nº 7.629/99 – RPAF/BA, como norma regulamentadora não teria força legal para alterar dispositivos de uma lei, no caso o COTEB.

Em 30/11/2020, a Coordenação de Administração do CONSEF encaminhou o processo para a PGE/PROFIS com a finalidade de inscrição do débito em Dívida Ativa, o que foi autorizado após atestada a conformidade do lançamento com as normas tributárias, fl. 157.

A Recorrente apresentou pedido de Controle da Legalidade, fls. 158 a 168, no qual dirige a PGE, inicialmente justificando a possibilidade de apresentar Recurso Voluntário contra decisão de Primeira Instância de Notificação Fiscal, com base nos dispositivos da Lei nº 3.956/81 – COTEB.

Reproduz a resposta do CONSEF pelo Não Conhecimento do recurso interposto e aponta a discordância entre o COTEB e o RPAF/BA, fato que diz constituir afronta ao princípio da legalidade e da hierarquia das normas.

Sugere que o CONSEF deveria adotar posição conservadora e a favor do contribuinte, ou ouvir a PGE sobre a legalidade arguida, uma vez que o RPAF/BA dispõe no seu art. 152, ou seja, compete aos representantes da PROFIS junto ao CONSEF adotar as medidas cabíveis visando à fiel aplicação das normas tributárias, devendo emitir parecer jurídico acerca das questões em lide.

Conclui que o Recurso Voluntário deve ser conhecido e apreciado por uma das Câmaras do CONSEF, aplicando-se o efeito suspensivo ao processo administrativo fiscal.

Faz um breve relato do lançamento, descreve e reproduz as razões de defesa apresentadas, assim como os fatos relacionados ao julgamento na primeira instância.

Reproduz integralmente as razões recursais e finaliza requerendo a análise dos fatos apresentados e pelo reconhecimento da ilegalidade flagrante na Notificação Fiscal, com aplicação do § 1º, do art. 119 da Lei nº 3.956/81.

Em despacho, fl. 188, a PGE/PROFIS/NCA, converteu os autos em diligência à INFRAZ DE ORIGEM para que a Fiscal notificante se manifeste acerca dos argumentos apresentados.

Encaminhados a Fiscal, esta, se manifestou à fl. 189, explicando que tudo fora esclarecido na informação prestada às fls. 45 e 49, na qual relatou que primeiro requereu do contribuinte o Livro Registro de Entradas, “*para dar a proporcionalidade pelas compras de mercadorias sujeitas à substituição tributária*”, vez que sendo um restaurante, comercializa produtos sujeitos à substituição tributária e a antecipação parcial.

Em seguida, pediu: **(a)** o arquivo binário da MFD do equipamento emissor de Cupom Fiscal; **(b)** o PGDAS; e **(c)** o recolhimento da parcela do ICMS do DAS e admite que estes últimos dados também se encontram disponíveis em sistemas integrados à SEFAZ, excetuando as MFDs, que pertence à memória do equipamento.

Assegura que foi explicado todo o procedimento de verificação das inconsistências encontradas pelo confronto entre a receita declarada no PGDAS (com e sem a substituição tributária) que estavam em divergência com os valores constantes na MFD, motivo pelo qual foi autuado.

Informa que os cálculos apresentados estavam em consonância com o RICMS, todos os demonstrativos foram anexados às fls. 11 a 31 e entregues ao contribuinte, conforme recibo de arquivos eletrônicos, fl. 10, tudo dentro da legalidade.

Finaliza que “*diante do exposto e do que foi proferido pelo ilustre Presidente do CONSEF acompanhando parecer exarado pelo auditor conselheiro, às fls. 135/135v, somos pelo acompanhamento*”.

Devolvidos a PGE/PROFIS, foi emitido novo parecer no qual a i. Procuradora destacou que quanto a maior parte das alegações da empresa reproduzam aquelas já levantadas em sua defesa e apreciadas pelo CONSEF, chamaram a atenção, pela novidade, as arguições em derredor de supostas omissões e erros quanto aos demonstrativos que sustentam a autuação, que relaciona.

Constata que deles consta declaração de 30/09/2019, relativa ao recebimento dos “*demonstrativos impressos emitidos no AUDIG relativos à apuração dos débitos do ICMS Simples Nacional referentes ao exercício de 2015 a 2017*”, com a informação de que teriam sido fornecidos, na ocasião, “*planilha contendo os dados coletados com base nas notas fiscais de saídas, MDF e PGDAS entregues ao Fisco durante a fiscalização*”.

Relaciona os demonstrativos que instruíram o lançamento que foram localizados e ressalta que no CD-ROM, fl. 31, encontrou três arquivos intitulados “*ANÁLISE DO ICMS SN A RECOLHER 2015*”, “*ANÁLISE DO ICMS SN A RECOLHER 2016*” e “*ANÁLISE DO ICMS SN A RECOLHER 2017*”, contendo o Anexo 3, com as planilhas intituladas “*Apuração da Alíquota do ICMS a Recolher*” e “*Segregação do ICMS a Recolher por Infração*”.

Finaliza ponderando que para colher subsídios para o pronunciamento da PGE, no exercício do controle de legalidade, devolveu os autos à notificante, para que se manifeste especificamente sobre as citadas alegações da empresa.

A Fiscal apresentou informação às fls. 200 e 201, na qual esclareceu que: **(i)** O Anexo 1 refere-se à Apuração Mensal da Omissão de Saída das Vendas com cartão de débito/crédito -TEF, onde existem as colunas do total informados pelas administradoras em confronto com as vendas com cartão emitidas com base nos documentos fiscais (redução Z/PGDAS); **(ii)** Segue em anexo, fls. 202 a 207 – TEF; **(iii)** Na época era o sistema AUDIG, já extinto, que fazia os batimentos. Não foi possível recuperar esse anexo, mas juntou informação dos valores obtidos do TEF; **(iv)** O Anexo 2 foram anexados em todos os exercícios: 2015 (fls. 11 e 13 a 16), 2016 (fls. 19 a 23) e 2017 (fls. 26 a 30); **(v)** O valor do ICMS recolhido está na coluna ICMS declarado e se encontra no Anexo 3 de cada exercício na coluna dos “*valores declarados em PGDAS*”; **(vi)** O percentual da proporcionalidade foi encontrado pelo confronto/batimento das compras de mercadorias sujeitas à substituição tributária com as compras de mercadorias sujeitas à antecipação parcial, obtidos do Livro Registro de Entradas. Está na coluna M do Anexo 2-A de cada exercício o percentual da proporcionalidade; **(vii)** O sistema não fez o batimento do pagamento de R\$ 16.848,02 em 22/01/2018 do ICMS de 12/17 referente ao Simples Nacional o que ocasionou o cálculo equivocado; **(viii)** Com

os novos cálculos, o mês de dezembro não apresentou inconsistência e em anexo, fl. 208 segue o recolhimento realizado em 22/01/2018.

Acrescentou que foram refeitos os demonstrativos do cálculo do ICMS devido em 2017 e apontou os valores calculados para a infração: *(i)* R\$ 25,56 (2015); *(ii)* R\$ 1.759,71 (2016); *(iii)* R\$ 88,37 (2017 - refeito); e *(iv)* totalizando R\$ 1.873,64.

Informa que anexou à fl. 209 o demonstrativo corrigido de 2017.

Roga que “o Auto de Infração” seja julgado parcialmente procedente, considerando que a peça da defesa não conseguiu ilidir em sua totalidade a infração.

Devolvidos os autos à PGE, a i. Procuradora Dra. Rosana Maciel Passos Salau, emitiu parecer, fls. 212 e 2013, no qual, após registrar as conclusões da notificante, retornou o processo para que a notificada fosse cientificada da informação fiscal.

À fl. 216, consta anexada a manifestação da notificada na qual declarou:

- “1. A manifestante declara que tomou ciência das informações prestadas pela auditora fiscal.
2. Como é de conhecimento da PGE, a manifestante impetrou ação de Mandado de Segurança (processo 8135126-672020.8.05.0001) contra a decisão do Presidente do CONSEF que recusou a análise do Recurso Voluntário protocolado em 2020.
3. Obtemos a Segurança por Sentença, sendo mantida em todas as fases subsequentes na ação.
4. Considerando que o Recurso Voluntário será levado a julgamento por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, solicitamos que as informações fiscais prestadas pela auditora fiscal sejam juntadas aos autos do PAF nº 216475.0004/19-7.”

Segundo, a i. Procuradora emitiu o despacho, fls. 219 e 220, no qual após relatar suscintamente os fatos, e registrou que por instância da PROFIS, a Fiscal produziu duas informações no processo, tendo, na última, reconhecido que, por ocasião do lançamento, não fora considerado pagamento realizado pelo contribuinte relativo a dezembro de 2017 e refez o demonstrativo de débito.

Atestou que de fato, a sentença proferida no Mandado de Segurança nº 813512667.2020.8.05.0001 concedeu a segurança pleiteada pela notificada, para determinar que o Recurso Voluntário interposto “tenha seu curso legal no âmbito do CONSEF e seja apreciado por uma das Câmaras daquele órgão”. A sentença em questão foi confirmada pela 2ª Câmara Cível, que recusou provimento à apelação cível manejada pelo Estado da Bahia, e, em seguida, veio a ser inadmitido o recurso especial também interposto pelo Estado.

Informa que descabe intervenção da PGE no processo administrativo fiscal, para exercício do controle de legalidade, quando dele constar recurso do contribuinte ainda pendente de julgamento pelo CONSEF, sob pena de violação do princípio do devido processo legal.

Concluiu a Procuradora por encerrar a apreciação do pedido de controle de legalidade e determinou a remessa do processo ao CONSEF, para que promova o julgamento do Recurso Voluntário interposto, em cumprimento da decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Foram juntados aos autos cópias da decisão do Juiz Auxiliar da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador (Mandado de Segurança Cível nº 8135126-67.2020.8.05.0001), no qual concedeu a segurança requerida para “determinar que o recurso voluntário protocolado no SIPRO sob nº 076589/2020-0 tenha seu curso legal no âmbito do CONSEF e seja apreciado por uma das Câmaras daquele órgão”, fl. 221.

Às fls. 222 e 223, constam cópias das decisões da Segunda Câmara Cível do TJ-BA referente a Apelação Cível nº 8135126-67.2020.8.05.0001, impetrada pelo Estado da Bahia na qual os magistrados negaram o provimento ao recurso e a decisão da 2ª Vice-Presidência do TJ-BA, frente ao recurso especial interposto pelo Estado da Bahia, face a negativa do provimento ao apelo apresentado, sobre o qual decidiu pela inadmissibilidade do recurso especial interposto.

Foi anexada às fls. 232 a 236, cópia da decisão do Ministro Luis Roberto Barroso do Supremo

Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo - ARE nº 1.500.538/Ba, impetrado pelo Estado da Bahia contra a decisão de inadmissão do Recurso Extraordinário, cuja decisão assim foi posta:

*“Analisados os autos, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia com fundamento na legislação infraconstitucional local aplicável à espécie e no conjunto fático-probatório dos autos, cuja análise se revela inviável em sede de recurso extraordinário.*

*Incidem, na espécie, os óbices das Súmulas 279 e 280 do STF, segundo as quais: ‘Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário’ e ‘Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário’. Nesse sentido:*

*‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRA PARA RECUPERAÇÃO DE IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DA LEGISLAÇÃO LOCAL: SÚMULAS 279 E 280 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO’. (ARE 1.085.165-AgR, Rel. Min. Cármem Lúcia, Plenário, DJe de 26/03/2018)*

*‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DIREITO LOCAL – SÚMULA 280/STF - REEXAME DE FATOS E PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 279/STF SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, POR TRATAR-SE DE RECURSO DEDUZIDO CONTRA DECISÃO PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CPC/73 - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO’. (ARE 949.507-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 09/10/2020)*

*Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (alínea c do inciso V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). “ (Grifo desse relator)*

Em retorno ao CONSEF, os autos foram distribuídos a este Relator para em cumprimento da decisão judicial, proceder ao julgamento do Recurso Voluntário contra a decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a decisão da primeira instância, que julgou procedente a Notificação Fiscal.

O lançamento constituiu o crédito tributário no montante de R\$ 15.964,35, acrescido de multa de 75% tipificada no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, decorrente da constatação pelo Fisco, que o contribuinte, optante do Simples Nacional, efetuou o recolhimento a menor do ICMS-Simples Nacional.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, optante do Simples Nacional desde 09/04/2012 até 31/12/2017 e 01/01/2021 até 31/12/2021, que explora a atividade econômica principal de restaurantes e similares.

Conforme consta no relatório, a 6ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência da infração, em decisão unânime, refutando todos os argumentos da defesa, inclusive as preliminares arguidas, fato que motivou a notificada, através de seu advogado, interpor o Recurso Voluntário, fls. 73 a 88 e 114 a 122, com a justificativa, fls. 108 a 110, de que na decisão da Primeira Instância foram cometidos equívocos que comprometeram a ampla defesa.

O RPAF/99, no seu art. 176, inc. I, alínea “b”, determina que as Notificações Fiscais serão julgadas em instância única, portanto, o Recurso Voluntário inicialmente não foi conhecido, conforme decisão do Presidente do CONSEF com fulcro no art. 173, inc. IV e § 2º do citado regulamento.

Inconformado, o sujeito passivo, interpôs o pedido de Controle da Legalidade junto à Procuradoria Fiscal da PGE, fato que motivou a elaboração de duas informações fiscais prestadas pela notificante, inclusive na última, com a revisão da infração, reduzido o valor lançado para R\$ 1.873,64, fls. 200 e 201.

A notificada, ingressou no judiciário com ação de Mandado de Segurança (Processo nº 8135126-672020.8.05.0001) contra a decisão do Presidente do CONSEF e obteve a segurança por sentença

exarada pelo Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador determinando que o CONSEF, através de uma das suas Câmaras apreciasse o Recurso Voluntário.

A decisão foi contestada pelo Estado em sede de Apelação Cível e posteriormente em Recurso Especial junto ao TJ-BA, que manteve a decisão da 11ª Vara da Fazenda Pública. Por fim foi interposto junto ao Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário com Agravo – ARE nº 1.500.538, cujo seguimento foi negado por decisão do Ministro Luís Roberto Barroso.

Portanto, a apreciação do Recurso Voluntário, segue no cumprimento de decisão judicial.

Em sua peça recursiva, o sujeito passivo alegou que: *(i)* as Notificações Fiscais nºs 216475.0004/19-7 e 216475.0005/19-3, têm por base o mesmo procedimento fiscal e os mesmos demonstrativos, cujos lançamentos estavam obscuros; *(ii)* não teve conhecimento da informação fiscal prestada nesta Notificação, o que caracteriza preterição ao direito de defesa e se enquadra na hipótese do inc. II do art. 18, do RPAF/BA; *(iii)* apresentou na defesa, levantamentos sintetizados a partir da mesma base de dados que a Fiscal utilizou para elaborar os demonstrativos, base da Notificação Fiscal; *(iv)* o Relator não aceitou os demonstrativos da Recorrente como provas, sob a falsa alegação de que não foi informada a origem das informações; *(v)* quanto à proporcionalidade, não foi esclarecido o critério utilizado pela Fiscalização; *(vi)* no levantamento, arquivo “*RECEITA 2015 2016 2017- LA PULPERIA.pdf*” apresentado pela Fiscal não foram considerados os valores recolhidos em novembro e dezembro de 2015, 2016 e 2017; e *(vii)* o Anexo 1 não existe no processo, assim como o Anexo 3 para 2016, fato que impediu a apuração dos valores devidos para aquele exercício, não considerado pelos julgadores.

Efetivamente, aos argumentos da Recorrente contam com respaldo nos fatos observados ao se compulsar os autos. Entretanto, a revisão procedida pela notificante, decorrente da determinação da Procuradoria Fiscal da PGE, no trâmite e análise do pedido de Controle da Legalidade, conforme informação prestada pela Fiscal, fls. 200 e 201, pretendeu superar todas as deficiências apontadas pela Recorrente.

Na informação fiscal prestada em 13/07/2022, a notificante esclareceu que *(i)* o Anexo 2 foi anexado para todos os exercícios; *(ii)* o percentual da proporcionalidade foi encontrado no confronto dos valores das compras de mercadorias sujeitas à substituição tributária e aquelas sujeitas à antecipação parcial, indicada na coluna “M” do Anexo 2-A de cada exercício; *(iii)* reconheceu que não considerou o pagamento de R\$ 16.848,02 referente a dezembro de 2017; *(iv)* fez novos cálculos e concluiu que um dezembro não há inconsistência; e *(v)* foram refeitos os demonstrativos do cálculo do ICMS devido em 2017, no qual apurou que o imposto devido é de R\$ 1.873,64.

Em sua última manifestação nos autos à fl. 216, a Recorrente declarou explicitamente que “(...) *tomou ciência das informações prestadas pela auditora fiscal*”, fato que justifica não acatar a arguição de nulidade do lançamento.

Registro que a Notificação Fiscal nº 2164750005/19-3, citada pela Recorrente, já se encontra arquivada, face a extinção do contencioso, decorrente da quitação integral do débito, conforme recolhimento efetuado em 05/07/2022 no valor de R\$ 1.262,54.

Merece destaque o fato de a Recorrente não mais contestar os novos valores calculados pela Fiscal para a infração, apenas requerendo que as informações prestadas pela mesma fossem juntadas aos autos, o que já foi atendido, tendo em vista que todas as interferências da notificante encontram-se fisicamente apensadas nos autos.

Face a tácita aceitação da Recorrente dos novos valores para a infração e diante das justificativas apresentadas pela Fiscal e demonstrativos gravados no CD, fl. 210, tenho a infração como parcialmente subsistente no montante de R\$ 1.873,64, conforme demonstrativo.

Data Ocorrência	Data Vencimento	ICMS - Devido
28/02/2015	20/03/2015	0,01
30/04/2015	20/05/2015	0,01

30/06/2015	20/07/2015	0,01
31/07/2015	20/08/2015	25,53
28/02/2016	20/03/2016	0,01
31/08/2016	20/09/2016	659,90
30/09/2016	20/10/2016	1.002,25
31/12/2016	20/01/2017	97,55
31/01/2017	20/02/2017	88,35
30/04/2017	20/05/2017	0,01
31/05/2017	20/06/2017	0,01
<b>Total</b>		<b>1.873,64</b>

Acolhida a Repres. da PGE/PROFIS no sentido de julgar o Recurso Voluntário contra a Notificação Fiscal julgada Procedente em 1<sup>a</sup> instância para cumprimento da decisão judicial.

Assim, diante de tais considerações, as razões recursais são suficientes à reforma parcial da Decisão recorrida, portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para alterar o valor da infração conforme acima demonstrado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação da PGE/PROFIS e dar **PROVIMENTO PARCIAL** ao Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº 216475.0004/19-7, lavrado contra **LA PULPERIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.873,64, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/2006 c/c art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS