

A. I. Nº	- 232331.0002/20-5
AUTUADO	- ALMEIDA COUTO COMÉRCIO CONFECÇÕES EIRELI
AUTUANTE	- LEA LÚCIA MOREIRA WEST
ORIGEM	- DAT METRO / INTAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 29/07/2025

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-04/25-VD

EMENTA: ICMS. EMPRESA OPTANTE PELO REGIME DO SIMPLES NACIONAL. **a)** IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU DE APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato comprovado. Acusação não elidida; **b)** OMISSÃO DE RECEITA REFERENTE A SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE NO LEVANTAMENTO DE VENDAS EFETUADAS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO INFORMADO POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Configurada a ocorrência de presunção de saídas anteriores, no mesmo exercício, sem registro na escrita fiscal. Acusação não elidida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração sob enfoque foi expedido em 03/02/2020 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 144.598,32, mais multa de 75%, em decorrência das seguintes acusações:

- 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor”.* Valor lançado R\$ 3.676,00, exercícios 2018 e 2019. Enquadramento legal: Art. 21, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06. Multa aplicada no percentual de 75%, com previsão no Art. 35 da LC nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

- 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”.* Valor lançado R\$ 140.922,32, exercícios 2018 e 2019. Enquadramento legal: Arts. 18, inciso I e 23, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06, c/c § 4º, art. 4º da Lei nº 7.014/96. Multa aplicada no percentual de 75%, com previsão nos Arts. 34 e 35 da LC nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

A título de descrição dos fatos foi consignado que *“Trata-se de contribuinte que exerce atividade de comércio atacadista de artigos do vestuário. Sua inscrição foi tornada inapta em 19/12/2019, conforme art. 27, inciso XXI do RPAF/BA”*.

Foi intimado pelos Correios através de AR. Em 29/01/2020 Sra. Luzinete de Almeida Couto, titular da empresa, tomou ciência da ação fiscal através de seu representante legal.

Quanto aos documentos fiscais solicitados na intimação, alegou perda em ação provocada por incêndio.

Inicialmente confrontamos as receitas auferidas nas vendas em cartões declaradas pelo contribuinte. Neste cruzamento constatamos que as receitas das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, informadas pelo contribuinte, estão em valores inferiores aos informados pelas Administradoras. Com isso, no levantamento fiscal apuramos omissão de

saídas.

A omissão apurada elevou a faixa de tributação do imposto, estabelecendo alíquotas maiores que as anteriormente aplicadas. De modo que a empresa incorreu, também, na infração de recolhimento a menor por erro na informação da alíquota”.

O autuado, por intermédio de sua Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 107 a 110, onde em preliminar observou que apesar do Auto de Infração ter feito referência a incêndio que atingiu suas dependências, fato notório que pode ser comprovado pelo documento anexo (notícia na imprensa), será também comprovado pelas testemunhas que, com arrimo nos incisos LIV e LV da CF/88, quer ouvir neste processo, tal caso fortuito ou força maior foi totalmente desprezado quando da lavratura do auto de infração.

Desta forma requereu seja reconhecido o caso fortuito/força maior, no que diz respeito à obrigação de apresentação de exibição de livros e documentos destruídos na ocasião, relevando-se ou diminuindo-se a multa aplicada em razão de tal circunstância.

Em seguida passou a argumentar “ausência de indicação do fato gerador”, citando que no auto de infração onde se narra diferenças com base em receitas auferidas com vendas com cartão de crédito, considera cristalina a nulidade ora arguida na medida em que não consta na demonstração da origem do crédito tributário qualquer especificação a respeito da origem de tais receitas.

Disse que não basta citar a suposta data da ocorrência e o suposto valor, dados que impossibilitam visualizar ou discernir acerca de quais rubricas estão sendo exigidos o pagamento, violando-se o princípio constitucional da ampla defesa.

Após discorrer sobre formalidades previstas em lei relacionadas a processo administrativo fiscal, citou doutrina, concluiu este tópico afirmando que pretende a Fazenda Estadual exigir recolhimento de crédito tributário, porém, sem demonstrar a ocorrência do fato gerador e sobre quais itens se exige o diferencial, inviabilizando os meios de defesa.

Nesse sentido requereu seja acolhida a fundamentação para nulidade absoluta do auto de infração, visto que houve preterição ao seu direito de defesa pelas omissões de informações imprescindíveis no ato da lavratura do auto de infração, e, por outro lado, não seja acolhido este pedido, mas apenas suscetível de correção, uma vez consumada esta, que seja restituído o prazo de defesa.

Voltou a suscitar a nulidade do auto de infração, desta vez por iliquidez, tendo em vista que não foi observada a circunstância de que também é prestador de ISS, porque sua atividade não se resume a venda de mercadorias, de modo que não pode o auto de infração, que nem lista as supostas origens dos valores apresentados na planilha, calcular o imposto sobre todas as operações, sendo impossível distinguir se a suposta omissão de receita provém da primeira ou segunda atividade.

Com isso, defende a nulidade do auto de infração por ser ilíquido e incerto.

No mérito, disse que todas as vendas de mercadorias foram devidamente declaradas e, por isso, inexiste as irregularidades apontadas, acrescentando que, para provar o alegado, requer sejam discriminadas as receitas apontadas, a origem do pagamento e a natureza da receita, se sujeita a ISS ou ICMS, para fim de restar patente a improcedência total ou parcial do auto de infração.

Concluiu pugnando pelo acolhimento das razões defensivas e consequente anulação ou improcedência do auto de infração.

A autuante, na condição de agente de tributos estaduais, em 20 de setembro de 2021, se pronunciou às fls. 126 a 128, tecendo considerações a respeito dos requisitos para constituição do crédito tributário, (competência funcional), ressaltando que a lavratura do presente Auto de Infração, cujo crédito tributário fora constituído antes do julgamento da ADI 4233, está de acordo com a legislação pertinente, portanto dentro da mais absoluta legalidade prevista no nosso

ordenamento jurídico (Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional – Simples Nacional).

E assim concluiu: *“Destarte, diante da situação de conflito aparente de normas e pendência da modulação dos efeitos da ADI 4233, este preposto fiscal requer que o julgamento seja sobrestado com o encaminhamento dos presentes autos à Procuradoria Geral do Estado, para que esta emane parecer sobre a competência funcional, que seja encaminhado o Parecer ao Ministério Público Estadual, como “custos legis” e seja cientificado o contribuinte, em prol do corolário constitucional do contraditório e da ampla defesa.*

Somente após percorridos todos estes incidentes processuais, diante da preservação da segurança jurídica e dos interesses do Estado, voltem para julgamento, com a informação fiscal prestada por quem definido for”.

Em 29 de fevereiro de 2024, esta 4^a Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo encaminhamento dos presentes autos em diligência à Infaz de origem, nos seguintes termos:

“O Auto de Infração em referência foi expedido em 03/02/2020 pela Agente de Tributos Estaduais Lea Lúcia Moreira West, Cadastro nº 13.232331-2, cujo autuado se trata de uma empresa de pequeno porte.

Em 20 de setembro de 2021 a autuante, no momento da informação fiscal apresentou à seguinte conclusão: “Destarte, diante da situação do conflito aparente de normas e pendência da modulação dos efeitos da ADI 4233, este preposto fiscal REQUER QUE O JULGAMENTO SEJA SOBRESTADO COM O ENCAMINHAMENTO DOS PRESENTES AUTOS À PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, PARA QUE ESTA EMANE SEU PARECER SOBRE A COMPETÊNCIA FUNCIONAL, QUE SEJA ENCAMINHADO O PARECER AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, COMO CUSTOS LEGIS, E SEJA CIENTIFICADO O CONTRIBUINTE, EM PROL DO COROLÁRIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. Somente após percorridos estes incidentes processuais, diante da preservação da segurança jurídica e dos interesses do Estado, voltem para julgamento, com a informação fiscal prestada por quem definido for”.

Isto posto, a este respeito, temos a orientação deste CONSEF no sentido de que ante a decisão tomada no dia 20/11/2023, é possível concluir que a Corte Suprema modulou os efeitos da sua anterior decisão datada de 29/04/2021, para que somente produzisse efeito a partir da data de publicação DJE 29/04/2021, da Ata nº 70/2021, sem retroagir.

Nesse sentido, os autos de infração lavrados pelos Agentes de Tributos Estaduais, anteriores ao dia 29/04/2021 não são afetados pela decisão do STF, devendo, portanto, o CONSEF, avaliar regularmente a pertinência (ou não) das respectivas exigências tributárias.

Desta forma e considerando que o presente PAF foi lavrado em 03/02/2020, anterior, portanto, a 29/04/2021, este CONSEF tem adotado o procedimento de efetuar normalmente o respectivo julgamento, necessitando por isso da informação fiscal para que se possa dar continuidade a sua instrução e posterior julgamento.

Como consequência, deliberou esta 4^a Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pelo seu encaminhamento em diligência à Infaz de origem no sentido de que o Sr. Inspetor Fazendário determine que a autuante ou preposto fiscal estranho ao feito preste a necessária e imprescindível informação fiscal, a qual deverá vir acompanhada de mídia digital, em formato word, com a sua respectiva gravação.

Registro que o autuado deverá ser notificado do inteiro teor da informação fiscal que for prestada, com a concessão do prazo de 20 (vinte) dias para se pronunciar, se assim o desejar.

Ocorrendo manifestação pelo autuado o autor da informação também deverá se pronunciar.

Atendidas as solicitações acima, o PAF deverá retornar ao CONSEF para conclusão da instrução e julgamento”.

Em 31 de julho de 2024, a autuante apresentou informação fiscal, fls. 136 e 137.

Quanto a nulidade arguida a título de “*exclusão da responsabilidade tributária*”, onde o autuado alegou caso fortuito/força maior para se eximir da responsabilidade tributária acerca das diferenças de ICMS apuradas no exercício em que houve o incêndio, pontuou que ciente da ocorrência do sinistro, a Fiscalização se ateve às informações fornecidas pelas Administradoras de Cartões, através do sistema de Transferência Eletrônica de Fundos (TEF) e as receitas declaradas pelo autuado no Simples Nacional. Portanto, sustentou, que o sinistro em nada

prejudicou o processo de apuração do imposto, tendo em vista que o próprio autuado forneceu planilhas contendo as vendas que efetuou em dinheiro e cartão, fls. 92 a 94.

No que diz respeito a ausência de indicação do fato gerador, onde o autuado alega que não há especificação da origem das receitas apuradas, pontuou que no quadro “*descrição dos fatos*” demonstrou o método empregado no levantamento fiscal, conforme reproduziu, destacando que discriminou em cada infração apurada a data da ocorrência e do vencimento, base de cálculo, alíquota aplicada, multa e o valor histórico do imposto.

Acrescentou que também anexou as planilhas de cálculos que embasaram a lavratura do auto de infração, fls. 83 a 89, Demonstrativo da Omissão de Receita e do Recolhimento a menos, entregues ao autuado em 06/02/2020, conforme termo de entrega constante à fl. 95.

Quanto a alegada nulidade “*por iliquidez*” citou que o autuado mencionou que seu faturamento contém, também, receitas de prestação de serviços, sujeitas ao ISS. Neste sentido esclareceu que sua atividade econômica é de comércio varejista e atacadista de artigos do vestuário e acessórios, não incluindo prestação de serviços.

Desta forma pontuou que o autuado não exerce atividade mista, contrariando ao que foi dito na defesa, pois as referidas receitas não estão declaradas no Simples Nacional conforme se pode verificar em seus extratos às fls. 20 a 82.

Ressaltou que em momento algum o autuado especifica o tipo de prestação de serviço que disse realizar, tampouco apresenta documentos comprobatórios da origem dessas receitas de prestação de serviço no PGDAS, portanto, as receitas declaradas e encaminhadas à fiscalização, fls. 92 a 94, são provenientes de vendas de mercadorias, sujeitas a incidência do ICMS.

Consta às fls. 143 e 144, comprovantes de intimação ao Representante Legal do autuado e ao próprio autuado, dando ciência da informação fiscal, com concessão do prazo de 20 (vinte) dias para manifestação, porém não consta nos autos que isto tenha sido atendido.

Finalmente, em 20 de fevereiro de 2025, o presente PAF foi encaminhado a este relator para instrução e julgamento.

VOTO

O Auto de Infração sob análise, teve sua expedição ocorrida em 03/02/2020 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 144.598,32, mais multa de 75%, em decorrência das seguintes acusações:

- 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, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor*”. Valor lançado R\$ 3.676,00, exercícios 2018 e 2019. Enquadramento legal: Art. 21, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06. Multa aplicada no percentual de 75%, com previsão no Art. 35 da LC nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

- 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*”. Valor lançado R\$ 140.922,32, exercícios 2018 e 2019. Enquadramento legal: Arts. 18, inciso I e 23, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06, c/c § 4º, art. 4º da Lei nº 7.014/96. Multa aplicada no percentual de 75%, com previsão nos Arts. 34 e 35 da LC nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

A título de descrição dos fatos foi consignado que “*Trata-se de contribuinte que exerce atividade de comércio atacadista de artigos do vestuário. Sua inscrição foi tornada inapta em 19/12/2019, conforme art. 27, inciso XXI do RPAF/BA*”.

Foi intimado pelos Correios através de AR. Em 29/01/2020 Sra. Luzinete de Almeida Couto, titular da empresa, tomou ciência da ação fiscal através de seu representante legal.

Quanto aos documentos fiscais solicitados na intimação, alegou perda em ação provocada por incêndio.

Inicialmente confrontamos as receitas auferidas nas vendas em cartões declaradas pelo contribuinte. Neste cruzamento constatamos que as receitas das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, informadas pelo contribuinte, estão em valores inferiores aos informados pelas Administradoras. Com isso, no levantamento fiscal apuramos omissão de saídas.

A omissão apurada elevou a faixa de tributação do imposto, estabelecendo alíquotas maiores que as anteriormente aplicadas. De modo que a empresa incorreu, também, na infração de recolhimento a menor por erro na informação da alíquota".

Antes de adentrar nas questões relacionadas propriamente ditas ao presente lançamento tributário, observo que o questionamento trazido aos autos, pela autuante, na condição de agente de tributos estaduais, pertinentes a competência da mesma, à época, para lavratura de auto de infração, ressalto que tal fato foi adequadamente esclarecido na medida em que, conforme exposto no bojo do pedido de diligência, existe orientação deste CONSEF no sentido de que ante a decisão tomada no dia 20/11/2023, é possível concluir que a Corte Suprema modulou os efeitos da sua anterior decisão datada de 29/04/2021, para que somente produzisse efeito a partir da data de publicação DJE 29/04/2021, da Ata nº 70/2021, sem retroagir. Nesse sentido, os autos de infração lavrados pelos Agentes de Tributos Estaduais, anteriores ao dia 29/04/2021 não são afetados pela decisão do STF, devendo, portanto, o CONSEF, avaliar regularmente a pertinência (ou não) das respectivas exigências tributárias. Desta forma e considerando que o presente PAF foi lavrado em 03/02/2020, anterior, portanto, a 29/04/2021, este CONSEF tem adotado o procedimento de efetuar normalmente o respectivo julgamento, necessitando por isso da informação fiscal para que se possa dar continuidade a sua instrução e posterior julgamento.

Superado, portanto, o questionamento formulado pela autuante, passo a examinar os argumentos defensivos apresentados pelo autuado.

Assim é que, o primeiro argumento suscitado pela defesa a título de nulidade do auto de infração sob a justificativa de exclusão da sua responsabilidade tributária com o reconhecimento do caso fortuito/força maior no que diz respeito a exibição de livros e documentos destruídos na ocasião do incêndio.

Tal argumento não pode prevalecer na medida em que os trabalhos de fiscalização foram desenvolvidos com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartões de débito/crédito, através das Transferências Eletrônicas de Fundos, transmitidas à SEFAZ, fls. 15 a 19, em confronto com as receitas declaradas pelo autuado ao sistema do Simples Nacional, PGDAS-D, consoante se verifica às fls. 83 a 89 destes autos.

Portanto, a ausência de documentos que deixaram de ser apresentados pelo autuado em nada prejudicou os trabalhos da fiscalização na medida em que os dados embasadores da autuação já se encontravam disponibilizados nos sistemas da SEFAZ, além do que, o próprio autuado declarou às fls. 92 a 94 o seu faturamento mensal abarcado pelo período autuado.

Em vista disto, não acolho a nulidade suscitada.

A título de segundo argumento de nulidade, ausência de indicação do fato gerador, melhor sorte não assiste ao autuado, na medida em que está explícito nos autos, de forma detalhada, a origem do crédito tributário reclamado, bem como a demonstração do fato gerador, os quais foram entregues ao autuado consoante atesta o termo de recebimento constante à fl. 95.

Com isso não houve o alegado preterimento ao direito de defesa por omissão de informações, sendo, assim, desnecessária restituição de prazo para defesa.

Ademais, o próprio auto de infração, conforme bem salientado pela autuante, trouxe em seu bojo,

a título de descrição dos fatos, o método utilizado para realização do levantamento fiscal, ofertando, assim, ao autuado, todos os elementos necessários à formulação da sua defesa.

O terceiro argumento de nulidade reporta-se a iliquidez do lançamento, tendo em vista que não foi observada a circunstância de que também é prestador de serviço sujeito ao ISS, porque sua atividade não se resume a venda de mercadorias, de modo que não pode o auto de infração, que nem lista as supostas origens dos valores apresentados na planilha, calcular o imposto sobre todas as operações, sendo impossível distinguir se a suposta omissão de receita provém da primeira ou segunda atividade.

Vejo que se trata de outro argumento que não possui sustentação. Isto porque, consoante muito bem posto pela autuante, a atividade econômica do autuado é de comércio varejista e atacadista de artigos do vestuário e acessórios, não incluindo prestação de serviços, não exercendo atividade mista, contrariando ao que foi argumentado na defesa, pois as ditas receitas de prestação de serviços não estão declaradas no Simples Nacional conforme se constata em seus extratos às fls. 20 a 82, tampouco vieram os autos quaisquer comprovações neste sentido.

Ressaltou a autuante que em momento algum o autuado especifica o tipo de prestação de serviço que disse realizar, tampouco apresenta documentos comprobatórios da origem dessas receitas de prestação de serviço no PGDAS, portanto, as receitas declaradas e encaminhadas à fiscalização, fls. 92 a 94, são provenientes de vendas de mercadorias, sujeitas a incidência do ICMS, com o que concordo.

Isto posto, rejeito todos os argumentos de nulidade que foram apresentados.

No mérito, nada foi apresentado ou arguido pelo autuado que possa desconstituir o lançamento tributário, o qual, ao meu entender, se encontra regularmente embasado, razão pela qual deve ser mantido na sua integralidade, inclusive a multa aplicada, ante sua expressa previsão legal.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232331.0002/20-5, lavrado contra **ALMEIDA COUTO COMÉRCIO CONFECÇÕES EIRELI**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 144.598,32**, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e Art. 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2025.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR