

A. I. N° - 281240.0160/07-8
AUTUADO - ICP SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - PAULO CEZAR DE CARVALHO GOMES e AURELINO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 02.03.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0019-02/10

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Foi efetuada a proporcionalidade, com base na Instrução Normativa 56/2007, reduzindo o valor exigido. Infração parcialmente subsistente. 2. SIMBAHIA. a) MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO DO ICMS FORA DO PRAZO. MULTA. Não foi comprovado o recolhimento, bem como não consta nos sistemas da SEFAZ, informação da satisfação de tal exigência. Infração subsistente; b) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS POR DESENQUADRAMENTO DO REGIME SIMPLIFICADO. Excluídas as receitas já tributadas na primeira infração, Infração insubsistente. c) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Excluídas as receitas já tributadas na primeira infração, com redução dos valores exigidos. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 21/12/2007, em razão das infrações a seguir relacionadas:

Infração 01 - omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$54.897,42, multa de 70%;

Infração 02 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado do ICMS. Imposto no valor de R\$120,00, multa de 50%;

Infração 03 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS. Imposto no valor de R\$5.549,14, multa de 50%;

Infração 04 – recolheu o ICMS a menos em razão da perda o direito a adoção do tratamento previsto no regime simplificado de apuração do ICMS, porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime, fato comprovado mediante ação fiscal, ficando sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem tratamento tributário do SimBahia. ICMS no valor de R\$ 3.489,25, multa de 70%;

Infração 05 – recolheu a menos o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS. Imposto no valor de R\$ 4.221,73, multa de 50%.

O autuado, às fls., 25 a 47, apresenta a impugnação ao lançamento, alegando, liminarmente, nulidade tendo em vista a não observância da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007. Sustenta, contudo, a possibilidade de revisão do Auto de Infração através de diligência.

Passa as razões de mérito atacando a infração 01, com o reiterado argumento da necessidade da aplicação da aludida Instrução Normativa, tendo em vista as mercadorias que comercializa, inclusive as com aplicação de alíquota interna de 7%, bem como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Considera nula a pretensão dos autuantes, visto que possui Emissor de Cupom Fiscal devidamente registrado na Secretaria da Fazenda, cumprindo todas as formalidades legais previstas na Legislação Tributária, inclusive que os Autuantes não atentaram que autuada opera com grande parte de seus produtos Isentos e com ICMS pagos pelo regime de Substituição Tributária e/ou de Antecipação Tributária, ao passo que a mera divergência entre o total constante da redução "Z" e as informações prestadas pelas Operadoras de Cartão de Crédito não é motivo plausível e indubitável para se proceder à autuação, cabendo a Secretaria da Fazenda do Estado do Bahia proceder do uso de outras técnicas de Auditoria para verificar se existem irregularidades, como a análise de bobina por bobina.

Apresenta o posicionamento da jurisprudência no caso em tela, relativa "Auto de Infração - 225810039042 Recurso - Recurso Voluntário, Auto de Infração 1152360041048 Recurso - Auto de Infração 1100850905046 Recurso, Auto de Infração 2069570159030 Recurso, "Auto de Infração - 269135.0002/04-8 Recurso - Recurso Voluntário.

Apresenta o autuado novos cálculos para apuração dos valores devidos, com base na aplicação da já aludida proporcionalidade, indicando, mês a mês, os valores que entende devidos.

Argumenta que a razão da insubsistência desta infração existe em decorrência da Infração 01, haja vista que a base de cálculo anterior à lavratura do Auto, era inferior à indicada na Planilha de Cálculo anexa a autuação, desta forma, o Contribuinte jamais poderia recolher uma importância que a época não era devido.

A despeito da infração 03 - 02.09.02, considera trazer a baila a íntima relação existente entre esta e a infração 01, já impugnada. A ligação existe, pois, a época do pagamento de imposto, atinente ao período de 30 de novembro e 31 de dezembro de 2006, o valor apurado não correspondia à monta demonstrada pelas Autuantes no referido Auto de Infração, e, por conseguinte, não era devido o ICMS ora indicado pelos Fiscais.

Logo, segundo o autuado, não há falar-se em pagamento de diferença por ter deixado, supostamente, o autuado, de recolher o ICMS no prazo e na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), pois não tinha conhecimento do valor apresentado pelos autuantes.

Considera outro equívoco o corresponde à forma pela qual foi apurado o imposto. Por ter saído da faixa de tributação de Micro Empresa (ME) a mesma fora tributada com Empresa Normal, até aí não existe controvérsias, argumenta o impugnante. Mas no momento em que o autuado, além de tributar como normal e cobrar o imposto nesta faixa, sem as alíquotas de substituição tributária, o Contribuinte faria jus se estivesse enquadrado como ME ou até m

um novo enquadramento e novamente cobra o mesmo imposto sobre o mesmo fato gerador, representando, assim, uma afronta aos mais comezinhos princípios do ordenamento pátrio, bem como às orientações estaduais.

Entende que é exatamente neste argumento que esta Colenda Junta deve se ater e fundamentar seu decisório, a fim de expurgar a condenação na monta de R\$ 5.549,14 (cinco mil quinhentos e quarenta e nove reais e quatorze centavos), por ser um absurdo jurídico e administrativo. Considera que não se pode admitir abusos e violações aos preceitos básicos da administração pública e na cobrança indevida de impostos.

Complementa que, no caso em tela, discorda em ter que pagar duas formas de tributação sobre o mesmo fato gerador.

Sustenta a impugnação do valor indicado na Infração 03, na importância de R\$ 5.549,14 (cinco mil quinhentos e quarenta e nove reais e quatorze centavos), requerendo, desde logo, que seja retirada do auto de infração tal parcela por ser totalmente indevida, ante o pagamento anterior como Empresa Normal, por ter saído da faixa de Micro Empresa.

Aduz ser indevido o seu enquadramento nessa infração, visto que as operações relativas à circulação de mercadoria já foram tributadas como normal na infração 01, sendo indevida novamente a cobrança nesta infração, já que fora cobrado o quanto determinado pela legislação.

Assevera não ser demais reparar que o levantamento do suposto pagamento a menos do recolhimento ICMS, foi feito sem levar em consideração que a Empresa já foi autuada, tributada como Empresa Normal, uma vez que perdeu o direito à adoção tratamento tributário previsto no SimBahia, conforme pode ser verificado na planilha elaborada pelos ilustres Fiscais anexada ao Auto de infração.

Sustenta que a infração 05 deve ser expurgada, haja vista que o recolhimento do ICMS pela autuada já ter sido apurado como o de Empresa Normal, razão pela qual não pode ser cobrada qualquer diferença, tendo como referência a apuração da autuada como EPP enquadrada no SimBahia. Frisa que somente admite-se cobrança de diferença se o imposto tiver sido cobrado no regime de EPP, e esta serviria para corrigir uma apuração a menor, incompleta.

Entende que, no caso em comento, a questão é bastante diferente. O ICMS da Empresa Autuada, já foi cobrado como normal, logo, não há falar-se em recolhimento a menos de ICMS na condição de EPP, já que fora recolhido como normal, que representa a margem máxima de cobrança do referido imposto.

Afirma que, apenas para evitar demais colocações prolixas e repetitivas, ficam reiterados os termos da mencionada defesa da infração 03. 02.09.02, como se aqui estivessem transcritos, já que a fundamentação corresponde exatamente à tese ora defendida.

Considera restar impugnado tal lançamento, ante sua improcedência e insubsistência, não devendo prosperar a infração 05 - 03.07.02, requerendo desde já sua anulação e improcedência, visto que foi demonstrada a impossibilidade da cobrança do valor de R\$4.221,73 (quatro mil duzentos e vinte e um reais e setenta e três centavos), sob o argumento de que "Recolheu a menor o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS", pois na verdade não há falar-se em recolhimento menor na condição de EPP, quando o imposto, na verdade, foi apurado como de empresa sob o regime normal.

Requer, por fim, que:

"I - Seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de Infração n. 281240.0160/07-8, em sua totalidade, vez que não resta qualquer dúvida de que a Autuação fora efetivada de forma equivocada, inclusive insubsistente, senão também eivado de vícios formais irremediáveis, ineficácia e absoluta IMPROCEDÊNCIA da Autuação Fiscal na Infra

nulidade, em face da inobservância pelos respeitáveis Autuantes do mais recente ato do Superintendente de Administração Tributária, a Instrução Normativa no 56/2007, em que obriga a exclusão da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 30 do art. 20 do RICMS/97, com matriz no §40 do art. da Lei 7.014/96, dos valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, e em entendendo desta forma diversa, ou seja, na hipótese do Fiscal não aplicar a proporcionalidade, deverá ser devidamente registrado no termo de encerramento, procedimento que não fora realizado pelos Autuantes. O USO INADEQUADO DO ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO, por motivo da natureza empresarial da Autuada, não pode ser deixado de lado, posto que negocia com mercadorias Isentas, já tributadas por Antecipação e/ou Substituição.

Neste passo, não tem o condão de caracterizar a suposta "Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito", não havendo, assim, infração dos dispositivos mencionados no referido Auto, ou seja, o art. 20 e 30, inciso VI; art. 50, inciso I; art.124 inciso I e art. 218, todos do Decreto n. 6.284/97, não tendo, conseqüentemente, nada que justifique a aplicação da multa do artigo 42, III da Lei 7.014/96, haja vista que em verdade o valor apurado no Auto de Infração não reflete a verdade fática, por não ter sido elaborado em conformidade com a legislação atual, que o obriga a fundamentar a razão pela qual não aplicou a proporcionalidade, ficando desde já impugnado o valor declinado no Auto de Infração.

II seja aplicado o PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE, na remota hipótese de não acolhimento do pleito de nulidade do Auto de infração, e nos termos da Instrução Normativa n. 56/2007 e decisão deste Conselho conforme Acórdão CJF n. 0291-12/06, deduzindo os valores constantes entre as saídas das mercadorias tributadas, saídas das mercadorias isentas, das mercadorias que constam da cesta básica, das que tem redução de base de cálculo e das mercadorias que já sofreram tributação pelo regime de Antecipação Tributária e/ou Substituição Tributária, conforme a Planilha Demonstrativa ora anexada, que perfaz a monta de R\$ 25.024,48 (vinte e cinco mil e vinte e quatro reais e quarenta e oito centavos) referente a 17% (dezessete por cento) da Base de Calculo, deduzindo o Crédito Presumido de 8% (oito por cento), conforme art. 408-S Parágrafo 1º do RICMS, no valor de R\$ 11. 776,23 (onze mil e setecentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos), assim aplicando o Princípio da Proporcionalidade o valor efetivamente devido é de R\$ 13.248,25 (treze mil duzentos e quarenta e oito reais e vinte e cinco centavos), pelo qual desde já requer a homologação do Demonstrativo ora apresentado e conseqüente confirmação de tal valor para a cobrança devida do ICMS.

III - seja julgado improcedente Infração 02 02.09.01, expurgando a quantia de R\$ 120,00 (cento e vinte reais), por ser totalmente indevida à Empresa, e porque em momento algum deixou de recolher o ICMS regulamentar na condição de ME, pois como sobejamente comprovado, foi recolhido o valor devido ao tempo do pagamento. Logo não poderia ter "deixado" de recolher algo que a época não era devido, melhor, algo que só agora foi demonstrado pelos Autuante, e que ainda é fruto de impasse.

IV - seja julgado totalmente improcedente a Infração 03 - 02.09.02, na importância de R\$ 5.549,14 (cinco mil quinhentos e quarenta e nove reais e quatorze centavos) por ser totalmente indevida, ante a apuração anterior do imposto como Empresa Normal, já que saiu da faixa de Micro Empresa, não podendo ser admitido por esse íntegro Órgão Julgador, que duas formas de tributação possam recair sobre o mesmo fato gerador, pagando duas vezes, repito, pelo mesmo fato gerador. Desta forma, resta veementemente impugnado o valor cobrado por ser uma verdadeira afronta à legislação tributária, bem como a própria Ca

v - igualmente ao item anterior, seja julgada totalmente improcedente a Infração 04 - 03.07.03, expurgando monta de R\$ 3.489,25 (três mil quatrocentos e oitenta e nove reais e vinte e cinco centavos), vez que as operações relativas à circulação de mercadorias já foram tributadas como Normal na Infração 01, por ter perdido o direito à adoção do tratamento tributário previsto no SimBahia, em outras palavras, na prática, o referido valor já está sendo cobrado na Infração 01, sendo totalmente indevida e absurda a cobrança do ICM5 no lançamento ora impugnado. Desta forma, não resta dúvidas que o equívoco será corrigido por essa Junta, demonstrando seu ato de mais clara lucidez e justiça.

VI - por derradeiro, seja a Infração 05- 03.07.02, Julgada Improcedente, afastando da Empresa Autuada a cobrança da importância de R\$ 4.221,73 (quatro mil duzentos e vinte e r um reais e setenta e três centavos), haja vista que o recolhimento do ICMS pela Autuada já foi apurado como o de Empresa Normal, razão pela qual não pode ser cobrada qualquer diferença, tendo como referência a apuração da Autuada como EPP enquadrada no SimBahia. Assim, por não passar de um engano, e por ser indevida, conforme se verifica através de uma breve vistoria a infração 01, deve ser corrigida a apuração impugnando, anulando e retirando tal infração do Auto, por ser ato de Direito e da mais LÍDIMA Justiça!

Finalmente, protesta e requer a juntada da documentação anexa, produção de todas as provas em direito admitida, especialmente documental e posterior juntada de outros e novos documentos em contraprova.”

O autuante, às fls. 456 a 459 dos autos, apresenta informação fiscal afirmando que o próprio contribuinte admite que houve a infração, contudo debate o valor devido. Assegura que a obrigação ora exigida tem previsão legal na Lei 9.532/97 convênio ECF 0198 e Dec. 8413/02.

Quanto à proporcionalidade afirma que o autuado não escriturou as notas fiscais Série D1, bem como não as apresentou, devendo as apresentar com demonstrativo em meio magnético.

Aponto o disposto no § 4º do art. 4º da Lei 7014/96.

Afirma que ocorre um grande equívoco, pois é sabido que os valores informados na DME devem coincidir com o somatório dos valores mencionados mês a mês dos demonstrativos anexos à defesa. Apresenta relação indicando os meses, os valores apresentados na defesa e a folha do PAF da DME, para comprovar suas afirmações.

Aduz que, como se observa os valores são totalmente diferentes, além disso, nem todas as notas fiscais relacionadas são da empresa autuada a exemplo dos docs. às fls. 159, 201, 343, 344, 378, 380, 408, cujos destinatários são: M C O Fernandes & Cia. Ltda., inscrita no CICMS sob o nº 72619206, Raimundo Santiago Souza, inscrita no CIMS sob o nº 55.120.728, F C Minimercado Ltda., CICMS n. 66.028.000, Raimundo Santiago Souza, CICMS nº 55.120.728, respectivamente, e notas fiscais de dezembro de 2006, vide fls. 126, 129, 133/145, 147/150, relacionadas no demonstrativo de novembro de 2006 (fi. 123), assim bem como a nota fiscal nº 155.166, de 05/09/06, vide doc. da fl. 163, relacionado no demonstrativo da fl. 162, relativo a outubro/06, a nota fiscal de nº 444752 (fi. 146) de maio/06, relacionada no demonstrativo de agosto/06 (fl. 237).

Conclui que tais incorreções dificultam, totalmente, o cálculo da proporcionalidade.

Infração 02 – Afirma que não há o que se discutir, haja vista que todos os documentos anexos comprovaram a falta de recolhimento, e para tanto além dos demonstrativos da fl. 09, junta relação de DAES.

Infração 03 - Entende que não há como aceder a tese da ilustre autuada, pois o demonstrativo da fl. 09, e a relação de DAES anexos, mostram claramente que não foi recolhido o ICMS/SIMBAHIA relativo aos meses de novembro e dezembro de 2006.

Infração 04 - Reitera que quando se calcula o ICMS da diferença de valores entre os administradoras de cartões com os apresentados por meio de notas fiscais e Redução Z pelos contribuintes, aplicando a alíquota de 17% e dando um crédito presumido de 8%, não significa que a empresa deva ser enquadrada como normal, sendo assim, os argumentos de defesa são despidendo.

Considera que, mais uma vez, as razões de defesa foram equivocadas, e, para melhor entender, vide doc. da fl. 09 e relação de DAES anexos.

Infração 05 – Considera que, como já foi contra-arrazoado acima, basta esclarecer que quando se aplica a alíquota de 17% e se dá um crédito presumido de 8%, não significa que a empresa deva ser enquadrada como normal, portanto o equívoco continua, e mais um vez cumpre analisar o doc. da fl. 09, conjuntamente com a relação de DAES anexa.

No mérito, considera a inquestionável identidade da cobrança fiscal, esclarece que toda motivação do ato é provida de certeza, segurança e exatidão. Destarte, a pretensão fiscal foi de reclamar a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido pela administradora de cartão de crédito, além do não recolhimento e recolhimento a menor do ICMS/ SimBahia.

Destaca que, caso seja feita revisão fiscal, o contribuinte deverá apresentar todas as notas fiscais de saída de mercadorias relativas ao exercício 2006, além das notas fiscais de entrada de 2006.

Consta, à fls. 462, pedido da Assistente do Conselho para que o autuante entregue o relatório TEF ao autuado.

O autuante, à fl. 466, apresenta a informação fiscal afirmando que entregou o relatório TEF com seus batimentos com as notas fiscais de saídas ao contador, conforme consta às fl. 17 dos autos, não sendo necessário nova entrega conforme solicita a Assistente do Conselho.

Afirma que o contribuinte questiona a proporcionalidade e a natureza substancial do débito, já que é EPP, e responde por uma alíquota de 27% e crédito de 8%. Aduz que o contribuinte apresenta em anexo planilhas e notas fiscais de entradas de mercadorias, sendo que algumas das notas não foram consideradas em razão de o destinatário ser outra empresa.

A 1ª JF, em pauta suplementar, solicita diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado:

- a) calcule, em relação à infração 01, com base nas saídas do exercício fiscalizado, a proporcionalidade (percentual) entre as mercadorias sujeitas a tributação e com a fase de tributação encerrada ou simplesmente não sujeitas a tributação, tendo em vista o que dispõe a Instrução normativa Nº 56 /2007, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007, e refaça a planilha, à fl. 10 dos autos, aplicando o percentual de proporcionalidade apurado em relação às mercadorias tributadas;
- b) demonstre como chegou a RECEITA BRUTA constante da planilha, à fl. 09, trazendo aos autos os documentos comprobatórios de seus valores;
- c) refaça a planilha, à fl. 09, e exclua, se for o caso, da RECEITA BRUTA, acima indicada, as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos/Débitos, não registradas pelo autuado, ou seja, exclua os valores da coluna “**Diferenças de Base de Cálculo**” constante da planilha à fl. 10.

O autuante, às fls. 490 a 491 dos autos, apresenta o resultado da diligência, informando que o contribuinte foi intimado a nos apresentar a planilha das aquisições de mercadorias no ano de 2006, objetivando conceder e aplicar a proporcionalidade das tributáveis em confronto com as aquisições substituídas e sem trib

elaborada pelo contribuinte efetuou algumas pequenas correções e obteve os percentuais de proporcionalidade das aquisições tributáveis, que foram aplicadas no novo demonstrativo de débito elaborado para destaque do crédito tributário devido pelo contribuinte.

Afirma que o contribuinte tem razão quanto à duplicidade de parte do crédito tributário constituído através do demonstrativo elaborado na Planilha SimBahia, pois, a RECEITA BRUTA, ali destacada teve como base as informações de aquisições de mercadorias constantes do SISTEMA SINTEGRA, desta forma, elaborou novo demonstrativo com base nas reais operações de vendas efetuadas pelo contribuinte.

Elaborou nova planilha SimBahia com base nas reais operações de vendas e compras declaradas pelo contribuinte, reduzindo-se o valor do crédito tributário que era de R\$ 13.380,12 para R\$2.155,68.

Elaborou os 02 (dois) novos demonstrativos, correspondentes aos créditos de omissão de saídas sobre operações de vendas em cartão de crédito e débito no valor de R\$ 27.132,76 e sobre as diferenças do ICMS SimBahia no valor de R\$ 2.155,68, totalizando o valor total de R\$ 29.288,44, assim distribuído:

INFRAÇÃO 01 = R\$ 27.132,76;

INFRAÇÃO 02 = R\$ 120,00 não consta no sistema e o contribuinte nada apresentou;

INFRAÇÃO 03 = R\$ 1.987,17;

INFRAÇÃO 04 = R\$ 0,00; e,

INFRAÇÃO 05 = R\$ 48,51.

TOTAL GERAL = R\$ 29.288,44.

Conclui, diante dos novos procedimentos desenvolvidos pelo autuante, pela procedência parcial do AI, no valor total de R\$ 29.288,44.

O autuado, não localizado, foi intimado através de Edital de Intimação nº 34/2009, para tomar ciência da conclusão da diligência, conforme Diário Oficial do Estado da Bahia do dia 10 de novembro de 2009.

VOTO

O presente Auto de Infração traz a exigência tributária de 05 infrações, conforme seguem resumidamente alinhadas: Infração 01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito; Infração 02 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado do ICMS; Infração 03 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS; Infração 04 – recolheu o ICMS a menos em razão da perda o direito a adoção do tratamento previsto no regime simplificado de apuração do ICMS, porque o contribuinte não preencheu os requisitos regulamentares deste regime; Infração 05 – recolheu a menos o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa inclusive o relatório TEF, conforme demonstra o autuante, proporcionalidade requerida, bem como efetuados ajustes solici

foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, além das diligências já solicitadas, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

A infração 01 está amparada no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, *in verbis* “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção” (grifo nosso).

Trata-se de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Verifico, quanto à infração 01, que o autuante calcula, conforme já alinhado, a argüida proporcionalidade entre as mercadorias tributáveis e não tributáveis ou com fase de tributação encerrada, bem como o autuado, ao tomar ciência, não mais se pronuncia sobre tal infração, restando, por conseguinte, os valores a serem exigidos na forma da planilha à fl. 492, totalizando R\$ 27.132,96, demonstrando o acerto do roteiro de fiscalização aplicado, diferente do alegado pelo autuado.

Quanto à infração 02, cabe a exigência tendo em vista que o autuado não comprova o recolhimento ora exigido no valor de R\$ 120,00, bem como não consta nos sistemas da SEFAZ, informação da satisfação de tal exigência.

Quanto às infrações 03, 04 e 05, o diligente efetuou os ajustes solicitados pela 1ª JF, em pauta suplementar, retirando as receitas não declaradas pelo autuado, já incluídas na infração 01, portanto, já reclamadas, bem como foi aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007, relativa à infração 01, acima aludida, alvos da impugnação do autuante, restando, após novos cálculos, os valores a serem exigidos, conforme planilha às fls. 492 a 507 dos autos, nos totais de:

INFRAÇÃO 01 = R\$ 27.132,76

INFRAÇÃO 02 = R\$ 120,00

INFRAÇÃO 03 = R\$ 1.987,17

INFRAÇÃO 04 = R\$ 0,00

INFRAÇÃO 05 = R\$ 48,51

TOTAL GERAL = R\$ 29.288,44

O autuado foi intimado através de Edital nº 34/2009, para tomar ciência da conclusão da diligência conforme Diário Oficial do Estado da Bahia do dia 10 de novembro de 20

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281240.0160/07-8**, lavrado contra **ICP SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.288,44**, acrescido da multa de 70% sobre R\$27.132,76 e de 50% sobre R\$2.155,68 previstas no inciso III e I, alínea “b”, item 03 do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR