

A. I. Nº - 217366.0002/11-9
AUTUADO - MINIMERCADO TROPICAL LTDA
AUTUANTE - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 24.10.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-02/12

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITA TRIBUTÁVEL NO PGDAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Constatada, através de auditoria digital, erro na receita declarada, resultando em nova faixa de receita e novas alíquotas do ICMS. Infração não elidida. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Imputação não elidida. Aplicada a proporcionalidade no cálculo do débito. Rejeitado o pedido de nulidade do procedimento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/06/2011, reclama ICMS no valor total de R\$33.118,06, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, no valor de R\$16.454,84, nos meses de outubro de 2007, janeiro de 2008 a dezembro de 2009, referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por microempresas e empresa de pequeno porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, conforme demonstrativos e documentos às fls.10 a 53.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$16.663,22, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, nos meses de julho a outubro de 2007, fevereiro a novembro de 2008, e janeiro a dezembro de 2009, conforme demonstrativos e documentos às fls. 10 a 53.

O sujeito passivo, através de seu representante legal, em sua defesa às fls.60 a 62, destacou a tempestividade de sua defesa, e após sintetizar os fatos, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração pelos seguintes motivos.

Destaca que não houve aprofundamento para conclusão fiscal, ou seja, que não foi levado em consideração pela fiscalização que o estabelecimento está inserido em um contexto social considerado de baixo poder aquisitivo, cuja circulação de dinheiro é muito pequena, sendo 70% das operações realizadas com cartão de crédito, o que distorce completamente do relatório apresentado pelo autuante.

Alega que, no período autuado, foi adotado pelo autuante o critério de que as receitas informadas eram classificadas como “outros”, gerando a omissão de receitas que resultou no débito lançado no auto de infração.

Esclarece que sua atividade desenvolvida é o Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e armas CNAE 4712100, e também não foi levada em consideração que pouquíssimos produtos são tributados integralmente.

Argumenta que alguns produtos compõem a cesta básica e têm redução de base de cálculo que pode chegar a 100%, como é o caso do arroz e do feijão conforme dispõe o art. 78-A do RICMS/BA. Além disso, que outros produtos, como os que compõem o anexo único do Protocolo de ICMS 106/2009 estão incluídos na Substituição Tributária, e outros que fazem parte do art. 353 do RICMS/BA também estão incluídos na Substituição Tributária.

Por conta disso, requereu uma revisão fiscal levando em consideração a: Atividade da empresa, a Classificação correta das receitas e das operações realizadas pelo estabelecimento, notadamente a situação tributária dos produtos comercializados pela empresa.

Na informação fiscal às fls. 89 a 91, o autuante rebateu os argumentos defensivos esclarecendo que:

- a) Em relação ao tipo de auditoria realizada, o autuado o preposto fiscal refere-se à infração 02, concernente à omissão de saída originária de vendas através de cartão, e que esse tipo de procedimento fiscal é inerente a todos os contribuintes do ICMS independentemente do regime tributário adotado, e consiste no cruzamento entre os valores destacados nos documentos fiscais e os valores por operações constantes das informações fornecidas pelas administradoras de cartão - TEF.
- b) Em todos os exercícios fiscalizados, 2007, 2008 e 2009 quase que não encontrou vinculação entre os documentos emitidos e as informações das administradoras, o que, gerou omissões de receitas em quase 100% nesses exercícios.
- c) Não deixou de observar que o contribuinte tinha como atividade o comércio varejista de mercadorias em geral – mercadinho, e que nessa situação era devida a aplicação da proporcionalidade por conta da comercialização dos produtos substituídos, isentos e com 100% de redução de base de cálculo. Observa que aplicou a proporcionalidade, conforme se pode verificar nos demonstrativos anexos as folhas 14, 19 e 24, chamando a atenção de que os valores originais das omissões de vendas com pagamento em cartão contidas nos demonstrativos fls. 10, 15 e 20 foram reduzidos após a aplicação da proporcionalidade para os valores constantes dos demonstrativos fls. 12, 17, e 22 onde constam ainda os valores do ICMS devido.
- d) Não cabe a revisão fiscal pretendida pelo autuado, pois todos os itens relacionados pelo contribuinte foram criteriosamente observados na aplicação dos procedimentos inerentes a cada tipo de auditoria.

Conclui pela manutenção de seu procedimento fiscal.

Considerando que:

a) Os débitos lançados nas infrações 01 e 02 foram apurados através do sistema AUDIG – Auditoria Digital da SEFAZ, com base nas planilhas eletrônicas constantes às fls.10 a 24, cuja receita normal está relacionada, mês a mês, nas notas fiscais D-1, fls. 25 a 52, e nas operações com cartão de crédito/débito foram informadas pelas administradoras de cartão de crédito através do Relatório TEF por operação.

b) A alegação defensiva de que o método de apuração da infração 01 não ficou demonstrado no Auto de Infração, impossibilitando saber como foi apurada a base de cálculo, e no caso da infração 02, argui a falta de clareza na descrição da infração, pois a mesma foi descrita que houve falta de recolhimento do ICMS do Simples Nacional devido a erro na informação da Receita e/ou alíquota aplicada à menor.

c) O autuante em sua informação fiscal prestou os esclarecimentos necessários para que o sujeito passivo pudesse exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Considerando a necessidade de dotar o Estado da certeza e liquidez do crédito reclamado, na Pauta Suplementar do dia 21/12/2011, e com fulcro no disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF/99, foi proposta pelo Relator e acolhida pelos demais membros desta Junta de Julgamento Fiscal, a conversão do processo em diligência à Infaz de origem, para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- a) juntasse ao processo o papel de trabalho do AUDIG intitulado de NF/ECF CARTÃO EQUIVALENTE TEF DIÁRIO, referente às Reduções Z e/ou notas fiscais que têm correlação com os Relatórios Diários por Operações (TEF);
- b) juntasse os relatórios do AUDIG denominados de PROPORCIONALIDADE DA ST, relativo ao cálculo da proporcionalidade do débito, e caso não tenha sido feito a aludida proporcionalidade, preencher os papéis de trabalho na forma prevista na Instrução Normativa nº 56/2007;
- c) após o cumprimento das providências anteriores, refizesse as planilhas que fundamentam as infrações 01 e 02;
- d) esclarecesse, de forma detalhada, a metodologia através da qual foram realizados os cálculos e a sistemática utilizada para a apuração das duas infrações, tomando por amostragem um mês do demonstrativo de débito, destacando, inclusive, como a primeira infração interfere na apuração da segunda infração.

O autuante atendendo ao pedido do órgão julgador presta informação fiscal às fls. 100 a 103, informou que:

a) Foram juntados os relatórios solicitados, NF/ECF CARTÃO EQUIVALENTE TEF DIÁRIO, além das notas fiscais que têm correlação com o Relatório Diário por Operações (TEF). Esclareceu que embora o contribuinte esteja obrigado à utilização do ECF, dada sua condição de Empresa de Pequeno Porte e inscrita no SIMPLES NACIONAL, nenhum cupom fiscal ou Redução Z foi apresentada referente aos exercícios fiscalizados. Observa que como já havia aludido no item "b" à fls. 90, e conforme comprovam os relatórios e as cópias das notas fiscais D-1 anexas, quase que não existe vinculação entre os documentos fiscais emitidos, no caso somente notas fiscais D-1, e as informações das administradoras de cartão de crédito, fato esse que gerou a presunção de omissão de receitas de quase 100% nesses exercícios, relativamente às operações de cartão de crédito/débito.

Além disso, diz que os talonários D-1 apresentados não correspondem a todos os meses do período fiscalizado, ou seja, no exercício de 2007, não foram apresentados talonários referentes aos meses de novembro e dezembro e, em 2008, não foram apresentados aqueles relativos aos meses de janeiro, fevereiro, março e abril.

- b) Cumprindo a determinação relativa ao ítem “b” do pedido de diligência, juntou o relatório Análise da Proporcionalidade da Substituição Tributária, observando que os valores médios constantes desses relatórios confirmam os valores que foram utilizados e que estão expressos no relatório Receita Apurada (Vendas Emitidas + Omissão Cartão) X Receita PGDAS/DASN, às fls. 14, 18 e 24, do presente PAF. Esclarece que esse relatório expressa como é feita a segregação da receita apurada em receita normal e a relativa a operações com mercadorias substituídas, a partir do percentual das operações ocorrentes quando das aquisições (entradas). Diz que em 2007, os valores médios foram: 73,67 % para receita normal e 26,33 para receita com substituição; em 2008, o percentual apurado para receita normal foi de 65,99% e receita com produtos substituídos 34,01%; e em 2009, para receita normal, um percentual de 63,48% e para receita com substituição, o percentual de 36,52%. Explica que os percentuais são estabelecidos com base nos dados do Sistema Sintegra, onde constam, além das informações básicas, como a data, o valor e o número da nota, diversos outros dados como o CFOP, as mercadorias isentas e os produtos substituídos, como pode ser verificado nos dados para amostragem de relatório, que foram juntados. Assim, diz que, mesmo quando o contribuinte não fez segregação de receita ao informar a DASN- Declaração Anual do Simples Nacional, conforme pode ser verificado no relatório Análise da Proporcionalidade da ST do período de 2007, foi aplicada a proporcionalidade pelas “compras”.
- c) cumprindo o disposto no item “c”, informou que refez as planilhas e os resultados apurados foram idênticos. Quanto aos documentos trazidos pelo contribuinte, diz que são digitados e rigorosamente conferidos e os outros demonstrativos que alimentam o sistema AUDIG são gerados a partir dos bancos de dados de sistemas da SEFAZ, e que do cotejo dessas informações é que são apurados dos valores dos demonstrativos apresentados.
- d) É a segunda infração – *Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito ou débito, em valor informado por instituição financeira e administradora de cartões, cotejadas com os documentos fiscais emitidos para acobertar as operações de saída*, que influencia a primeira infração. Justifica que isso se deve ao fato de que no Simples Nacional, é essencial apurar-se o valor da receita corretamente, a partir da qual será estabelecida a base de cálculo, que determinará a aplicação de determinada alíquota, de cuja aplicação será apurado o imposto devido. Portanto, aduz que a omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento com cartão de crédito ou débito, é componente da nova receita calculada, que ensejará a correta apreciação do quanto devido. Desse modo, se o contribuinte, embora obrigado, não utiliza ECF, deve arcar com as consequências dessa omissão, pelo que já foi explicitado acima.

A título de ilustração da necessidade de apuração correta da receita auferida, chama a atenção que foram informados valores a menor na Declaração de Apuração do Simples Nacional, conforme pode se verificar na DASN-Dados Gerais, ano-referência 2008, a saber:

<u>Mês/Ano</u>	<u>Valor constante no TEF</u>	<u>Valor informado na DASN</u>
Jul/07	33.722,39	17.744,36
Ago/07	36.323,39	22.476,16
Set/07	36.392,43	24.066,51

Além disso, tomando por base o mês de outubro, apresentou a seguinte demonstração:

1) No Relatório *OMISSÃO MENSAL CARTÃO (TEF)*, apurou-se o valor mensal da divergências mensais dessas operações:

TOTAL TEF (A) -- TOTAL NF CARTÃO = DIVERGÊNCIA DO CARTÃO NO MÊS (R\$ 42.080,53 – R\$ 8,05 = R\$42.072,48). Esse valor representa a divergência entre o valor informado no TEF (R\$ 42.080,53) e o valor apropriado pelo sistema como originado de operações com cartão de crédito/débito. Nesse passo, cumpre reiterar o que já manifestamos em informação anterior: estando classificada como Empresa de Pequeno Porte no Simples

Nacional, estava e está obrigada à utilização do ECF- Emissor do Cupom Fiscal, único apto à emissão dos documentos comprobatórios de operações com cartão de crédito/débito. Se não o fez, descumpriu disposições legais.

2) O cálculo da receita apurada está no relatório RECEITA APURADA (VENDAS EMITIDAS + OMISSÃO CARTÃO) X RECEITA PGDAS/DASN.

2.1) NF CARTÃO (coluna A) + NF OUTROS (coluna B) = VENDAS EMITIDAS (coluna F), isto é :

VENDAS EMITIDAS : R\$8,05 +R\$ 44.539,56 =R\$ 44.547,61 .

2.2) OMISSÃO CARTÃO (coluna G): R\$ 42.072,48, . apurada cf. ítem 1 acima..

2.3) Receita Apurada: é o valor que resulta da adição dos valores : Vendas Emitidas + Omissão Cartão (coluna F + coluna G). Numericamente:

R\$ 44.547,61 + R\$ 42.072,48= R\$ 86.620, 09.

2.4) Segregação da Receita Apurada: embora o contribuinte não tenha, nesse período, segregado a receita ao informar a DASN, foi aplicada nesse e em todos os períodos fiscalizados a proporcionalidade apurada pelas compras, que resultou, nesse período, em um percentual de 73,67 % para receita normal e 26,33% de receita atribuída a operações com produtos sujeitos à substituição tributária, excluído esse percentual da base oferecida à tributação, cf. relatório de fls 14. do PAF e no relatório Análise da Proporcionalidade da ST, que foi juntado a essa manifestação. Do valor total apurado acima, chega-se aos seguintes valores:

Receita NORMAL = R\$ 86.620,09 X 73,67% = 63.808,83

Receita com SUBSTITUIÇÃO: R\$ 22.811,26 (26,33%)

2.5) Apuração da omissão da Receita Normal: A omissão da receita normal é apurada subtraindo-se do valor da receita normal apurada o valor declarado no PGDAS: (coluna P do relatório RECEITA APURADA, subtítulo Segregação da Receita Apurada: Valor da omissão receita normal: R\$ 63.808,83 – 48.212,77 = R\$ 15.596,06.

2.6) Análise do ICMS do SIMPLES NACIONAL a reclamar:

2.6.1) A base de cálculo da omissão cartão débito/crédito está apurada como omissão de receita normal, cf. ítem anterior: R\$ 15.596, 06. O valor do ICMS decorre da aplicação da alíquota de 2,33%, o que resulta em um valor a recolher de R\$ 363,39. No mês considerado, outubro de 2007, por excesso de receita, ocorreu mudança de faixa de alíquota, que passou a 2,33%, que aplicado sobre a base de cálculo de R\$ 9.725,64, gerou uma recolhimento a menor de R\$ 226,61, conforme as informações contidas no relatório Análise do Icms a Reclamar por Tipo de Infração.

Foram acostados ao processo os demonstrativos às fls.104 a 105, e cópias de documentos fiscais às fls. 106 a 125, e planilhas do AUDIG às fls.126 a 130.

Conclui pela procedência total do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 133 a 134, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e respectivos documentos constantes às fls.100 a 130, em 26/06/2012, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado não houve manifestação do sujeito passivo.

Em 10/08/2012, através do Processo SIPRO nº 153372/2012-5, fls. 136 a 139, se manifesta sobre a última informação fiscal, com base nas seguintes razões de fato e de direito:

Analisando o tipo de auditoria que vem sendo praticada pela Secretaria da Fazenda Estadual, através de auditoria digital, e partindo do princípio que a fiscalização esta sendo realizada em uma empresa de regime especial de tributação que é o simples nacional, e que por alguns períodos foi enquadrada como Micro Empresa e atualmente esta enquadrada como empresa de Pequeno Porte, aduz não houve aprofundamento total para conclusão fiscal, qual seja, a realidade da empresa ora fiscalizada, localização da empresa e público alvo, pois se trata de um minimercado, que está inserida em um contexto social considerado de baixo poder aquisitivo, em que a circulação de dinheiro em espécie é muito pequena, concluindo que aproximadamente 70% das operações são realizadas com cartão de crédito.

Frisa que durante as análises dos relatórios apresentados é possível concluir que a atividade desenvolvida pela empresa que é o Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e arma CNAE 4712100, mais uma vez não foi levada em consideração que os produtos comercializados estão relacionados no

Anexo 88 do RICMS/BA, por se tratar de bebidas, café, produtos de limpeza, salgados industrializados. Assim, sustenta que os produtos comercializados estão enquadrados no regime de substituição tributária e outros incluídos na cesta básica tem redução de 100% da base de cálculo, ou seja, pouquíssimos produtos que compõem a atividade de Comercio Varejista de Mercadorias (Mini Mercado) possui tributação normal.

Observa que no Anexo que compõem as páginas 129 e 130 a maioria das NF1s consignam CFOP 5.101 e 5.102, porém não houve classificação correta da tributação das mercadorias, e por isso, entende que para efeito de aplicação da Legislação Tributária, deve-se levar em consideração, a atividade e os produtos que o contribuinte comercializa, mediante análise detalhada através das notas fiscais, Assim, pede uma nova análise mais detalhada e aprofundada na documentação exigida para a fiscalização, ou seja, uma a reabertura do processo de fiscalização, considerando para efeito do resultado final a: Atividade da empresa, a classificação correta das receitas e das operações realizadas pela empresa Minimercado Tropical Ltda e principalmente os produtos comercializados pela empresa, o que influência significativamente, no valor final do ICMS a recolher.

Por fim, requer a anulação do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido do autuado para a realização de revisão fiscal do presente lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos, ressaltando-se que não foi justificada impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

Além do mais, diante da alegação do autuado que não havia clareza na apuração do débito, a pedido do órgão julgador, o processo foi convertido em diligência para esclarecimento do método de apuração do débito, o que foi devidamente atendido pelo autuante, sendo, assim, foi obedecido o devido processo legal.

Assim, observo que a esta altura processual não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de falta de clareza na acusação fiscal, tendo em vista que:

- a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.
- c) na informação fiscal e na diligência, o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, prestando os devidos esclarecimentos e anexando documentos, merecendo ressaltar que o prazo de defesa foi reaberto, após a diligência fiscal, tendo o autuado dela se manifestado.
- d) Residindo no campo das provas, a alegação defensiva de que não foram juntadas as cópias das notas fiscais ao processo, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na diligência fiscal não cabe a alegação de nulidade por

descrição imprecisa das infrações, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante a fase processual, constam os esclarecimentos necessários para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, pelo que consta na inicial, o item 01 faz referência a valores deixados de recolher pelo Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, tendo em vista a acusação de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

Já o item 02, foi exigido o ICMS sobre a omissão de saída de mercadorias, por presunção legal, apurado por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões.

Como dito acima, na fase de instrução do processo para fins de julgamento, diante da alegação defensiva de que o método de apuração da infração 02 não ficou demonstrado no Auto de Infração, impossibilitando saber como foi apurada a base de cálculo, e no caso da infração 01, argui a falta de clareza na descrição da infração, pois a mesma foi descrita que houve falta de recolhimento do ICMS do Simples Nacional devido a erro na informação da Receita e/ou alíquota aplicada à menor, bem como, sua atividade desenvolvida é o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercados, mercearias e armas CNAE 4712100, e também não foi levada em consideração que pouquíssimos produtos são tributados integralmente em razão de aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o processo foi convertido em diligência para que o autuante adotasse as providências constantes às fls. 95 e 96.

Analizando a informação fiscal apresentada pelo autuante às fls.100 a 103, constato que foi atendido o pedido desta 2ª JJF, na qual, foram prestados os devidos esclarecimentos sobre a lide, ou seja, conforme relatado, o autuante apresentou no corpo de sua informação fiscal, esclarecimentos sobre o papel de trabalho do AUDIG intitulado de NF/ECF CARTÃO EQUIVALENTE TEF DIÁRIO, referente às Reduções Z e/ou notas fiscais que têm correlação com os Relatórios Diários por Operações (TEF), e demonstrou que foi aplicada a proporcionalidade da ST no cálculo do débito, na forma prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, bem como, esclareceu, de forma detalhada, a metodologia através da qual foram realizados os cálculos e a sistemática utilizada para a apuração das duas infrações, tomando por amostragem o mês de outubro de 2007, destacando, inclusive, como a primeira infração interfere na apuração da segunda infração, conforme documentos acostados às fls. 104 a 130.

Portanto, a exigência fiscal de ambos os itens, foi apurada pelo sistema AUDIG, o qual, é composto de planilhas eletrônicas interligadas entre si na demonstração da apuração da base de cálculo e do imposto devido aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, tudo conforme os papéis de trabalho que instruem o processo.

Início o meu voto pela infração 02, pois a omissão de saídas de mercadorias apurada pela fiscalização repercutiu no montante acumulado da receita declarada na DASN (Declaração Anual do Simples Nacional) e no PGDAS – Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional.

Diante de tais constatações, bem como a alegação do autuado de que não casava a venda do cartão com a nota fiscal correspondente, pois as notas fiscais eram emitidas no final do dia, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem para que o autuante saneasse as constatações

constatações acima, o qual, prestou, na informação fiscal às fls.121 a 126, os esclarecimentos necessários para o deslinde das questões discutidas nos autos, inclusive comprovou a entrega da mídia eletrônica, fls.224/225, contendo todos os levantamentos e os TEFs Diários, inclusive cópia da informação com os esclarecimentos feitos pelo autuante, permitindo, assim, ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Feitas estas considerações, passo agora a examinar o mérito das questões discutidas nos autos. O imposto objeto do lançamento tributário foi exigido de contribuinte optante pelo Regime do Simples Nacional, cujos valores lançados nas infrações 01 e 02 foram apurados, pelos critérios e percentuais aplicáveis ao citado regime de apuração, com base nas planilhas eletrônicas constantes às fls.10 a 14 para o exercício de 2007; 15 a 22 para o exercício de 2008; e 20 a 24 para o exercício de 2009, através do sistema AUDIG – Auditoria Digital da SEFAZ, cuja receita normal está relacionada, mês a mês, nas notas fiscais D-1, fls. 25 a 52, e as operações com cartão de crédito/débito foram informadas pelas administradoras de cartão de crédito através do Relatório TEF por operação encontram-se no CD à fl. 54.

Em suma, o débito da infração 02 foi calculado tomando por base o total dos TEF Diários informados pelas administradoras - menos as vendas realizadas através de cartão, obtendo a omissão de vendas com cartão, e em seguida, foi calculado o total da receita real, levando conta o somatório das notas fiscais emitidas com cartão + o total das vendas realizadas em outros modos de pagamentos + a omissão de vendas com cartão (infração 01).

O lançamento foi impugnado com base em duas premissas: (1) que alguns produtos compõem a cesta básica e têm redução de base de cálculo (arroz e feijão) conforme dispõe o art. 78-A do RICMS/BA; (2) que outros produtos que compõem o Anexo Único do Protocolo de ICMS 106/2009 estão incluídos na Substituição Tributária, e outros que fazem parte do art. 353 do RICMS/BA também estão incluídos na Substituição Tributária.

Pelos termos da defesa verifico que o autuado não apontou qualquer equívoco nos números apurados no levantamento fiscal, porém, alegou que o estabelecimento realiza operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e com redução da base de cálculo.

Quanto às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, constato que o trabalho levou em consideração a proporcionalidade, conforme se pode verificar nos demonstrativos anexos as folhas 14, 19, e 24, merecendo observar que os valores originais das omissões de vendas com pagamento em cartão contidas nos demonstrativos fls. 10, 15 e 20 foram reduzidos após a aplicação da proporcionalidade para os valores constantes dos demonstrativos fls. 12, 17, e 22 onde constam ainda os valores do ICMS devido.

No que concerne a operações com redução da base de cálculo, caberia ao autuado informar quais foram as vendas que se enquadram nesta situação, pois as diferenças apuradas na infração 02, dizem respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito, cuja autuação está fundamentada na presunção legal prevista no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, e caberia ao autuado elidir tal presunção, o que não ocorreu, como se verá visto mais adiante.

Ressalto que, conforme esclarecido pelo autuante, e acima demonstrado, a origem da infração 01, a título de falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, decorre do cálculo da receita total apurada e deduzida a parcela inerente a omissão de operações com cartões de crédito, em comparação com os valores declarados no PGDAS.

Do que se conclui, no caso do item 01, que realmente a receita declarada foi inferior ao demonstrado, e por via de consequência, não foi recolhido o ICMS no período objeto da autuação.

No caso do item 02, a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a 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”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito. No presente processo, tais relatórios foram entregues ao autuado através de mídia eletrônica, conforme recibo assinado à fl. 225.

Para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Portanto, considero não elidida a presunção legal de omissão de saídas, subsistindo a exigência fiscal deste item.

No que tange às multas aplicadas, embora não tenha havido questionamento defensivo, verifico que o percentual de 150% da infração 01, está previsto no § 1º do inciso I do artigo 44, da Lei nº 9.430/96, enquanto que o percentual da infração 02, também foi aplicado corretamente no percentual de 75%, conforme previsto no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

Ante o exposto, considero subsistentes as infrações de que cuidam este processo, tendo em vista que as questões formais suscitadas na defesa não prosperaram, haja vista que restou comprovada a entrega do arquivo magnético (CD) contendo as informações discriminadas oriundas da empresas operadoras de cartão de crédito/débito; que não existe qualquer vício nos demonstrativos que instruem a autuação, inclusive esclarecidos na informação fiscal; que as infrações imputadas foram descritas com clareza e permitiram o exercício da ampla defesa e do contraditório, considero correto o procedimento fiscal, cujas razões defensivas não foram capazes de elidir os valores lançados no auto de infração.

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

RESOLUÇÃO

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217366.0002/11-9**, lavrado contra **MINIMERCADO TROPICAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.118,06**, acrescido das multas de 75% sobre R\$16.454,84 e de 150% sobre R\$16.663,22, previstas no artigo 35 da LC 123/06 e artigo 44, inciso I da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 15/06/2007, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR