

PROCESSO - A. I. N° 232331.0003/13-9
RECORRENTE - BOMBOMJA MERCADO PARAÍSO LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0178-05/14
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 10/09/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0221-11/15

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSASIS E DAS ALÍQUOTAS APLICÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que foram computados valores da receita de venda de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, no cálculo da DASN, em valor superior aos efetivamente apurados na redução Z. Incluído as receitas originárias de informações das prestadas por empresas administradoras de cartão de crédito e não informadas na DASN. Diligência fiscal refez os cálculos do imposto. Infração procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões. Imposto exigido a título de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, conforme definido no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96. Diligência fiscal refez os cálculos o que implicou na redução do débito. Infração procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas às preliminares de nulidades suscitadas. Não acatado o pedido de cancelamento ou pela redução da multa aplicada por falta de amparo legal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do citado RPAF/BA, relativo à Decisão proferida pela 5ª JJF, pertinente ao Auto de Infração, lavrado em 28/03/13, exigindo ICMS no valor total de R\$266.022,15, em razão das seguintes infrações:

- 1. Efetuou recolhimento a menos de ICMS declarado referente ao regime especial unificado de arrecadação – SIMPLES NACIONAL, implicando desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS - R\$258.526,33 (2008 a 2010), acrescido da multa de 75%.*
- 2. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões - R\$7.495,71 acrescido da multa de 150%.*

Na Decisão proferida a 5ª JJF (fls. 689 a 699), inicialmente apreciou as nulidades suscitadas sob argumentos de (i) ausência de clareza das infrações (ii) falta de indicação dos dispositivos de lei;

(iii) quebra de sigilo bancário, fundamentando que foram descritos os fatos nas infrações de forma compreensiva, segregando as receitas dos produtos enquadrados no regime da substituição tributária, indicado os dispositivos da LC 123/06 e regulamentares, conforme preceitua o art. 19 do RPAF/BA, bem como foram dadas explicações na informação fiscal e realizado diligência fiscal. Também que o fornecimento de dados pelas administradoras de cartões de crédito, não configura quebra de sigilo bancário.

Destacou ainda, que eventual inconstitucionalidade do dispositivo não pode ser apreciada no âmbito do julgamento administrativo, conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA.

No mérito apreciou que:

Com relação à segregação de receitas dos produtos inclusos na substituição tributária, quando a exemplo da cerveja, tal imposto já teve tributação encerrada. Assim, é evidente que eventuais vendas não declaradas devem ser levadas em conta, para que não se tribute operações com mercadorias cujo imposto foi integralmente pago por antecipação. Para isto, usa-se o critério da proporcionalidade, de forma a se contemplar nas omissões de receitas, os valores que se referem a estas operações com tributação encerrada.

Foi feito pedido de diligência para efetiva comprovação das saídas com ST, visto que, tomando-se o exemplo do exercício de 2008 havia claro desencontro entre a média declarada na DASN (60,28%) enquanto as receitas da redução Z apontava valores baixos, de 1,03%, 1,08% e até ZERO, sendo adotada a média das entradas em 31,26%. Assim, com o intuito de apurar a verdade material, visto que os valores declarados na DASN não podem ser aceitos de forma unilateral, sem a devida documentação probatória, a autuante pediu na intimação à fl. 656, que fossem apresentadas as devidas comprovações.

À fl. 657, sem as provas apresentadas, diz que procedeu ao levantamento com base nos percentuais mensais, conforme pedido da diligência (anteriormente aplicou a média anual em todos os meses) e que os valores calculados foram encontrados no livro registro de entradas, alterando o lançamento em diversos meses, reduzindo a infração 1 de R\$258.526,44 para R\$256.319,55 e a infração 2 de R\$7.495,71 para R\$4.905,50.

Como o impugnante não se pronunciou sobre o novo cálculo, não contestou a média apresentada nem apontou erro material, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, art. 140 - o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, e também o Art. 142 - a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elementoprobatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Assim, restou comprovada, mediante diligência, que a aplicação da substituição tributária no cálculo da DASN foi em valor superior aos efetivamente apurados, que houve omissão de receitas na redução Z, conforme relatórios do processo, e por fim, a inclusão das receitas advindas das vendas em cartão de crédito em valores superiores às que foram declaradas, gerando uma nova receita, e com isto nova alíquota, que implicou em recolhimento a menos da infração 1 e falta de recolhimento na infração 2. Não procede o argumento de que a autuante se utilizou de alíquota majorada à estabelecida em lei, já que há uma correlação entre receita e alíquota, pois uma vez aumentada a receita, aumenta-se a alíquota e o imposto a recolher.

A infração 2 distingue-se da infração 1, porque na primeira foi lançada receitas efetivamente comprovadas pelas reduções Z e pela não comprovação dos valores de percentuais atribuídos à substituição tributária. A segunda, decorre de presunção legal, estabelecida no art. 4º, parágrafo 4º, inciso VI da Lei 7.014/96, in verbis:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;*
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*

Assim, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. As vendas apontadas no relatório TEF diário, que implicaram na infração 2, poderiam ser elididas mediante comprovação de emissão de cupom fiscal ou notas fiscais de venda a consumidor, em valores e datas iguais às apontadas no relatório, e isto não foi feito na defesa.

Assim, considero superada mediante a diligência, a dúvida que foi estabelecida quanto ao critério de aplicação da proporcionalidade da substituição tributária, cujo demonstrativo está à fl. 658 para o exercício de 2008 e na fl. 665 para o exercício de 2009. Entendo que foi dirimida a questão suscitada na preliminar de nulidade quantos aos lançamentos em que se considerou a proporcionalidade declarada no livro de entrada, sem que

houvesse qualquer contestação do contribuinte, que comprovasse os valores atribuídos na DASN.

No entanto foi constatado que alguns dos valores recalculados com base na nova média mensal de produtos da substituição tributária, acabaram ficando maior que o do lançamento original. Por outro lado, na infração os meses de outubro 2008, agosto de 2009 e julho de 2010, tiveram seus valores fracionados em duas partes no demonstrativo de débito, de forma que foram juntados os valores tanto no demonstrativo original como no da diligência e foi admitido o menor valor. Na infração 2, o mesmo sucedeu com o mês de outubro de 2008.

Apresentou demonstrativo refeito na diligência, tanto para a infração 1, como para a infração 2, (fls. 697/698), indicando como valores devidos respectivos de R\$252.791,52 e R\$4.746,37.

Afastou o pedido de exclusão das multas, por serem decorrentes do descumprimento de obrigação principal, porém, no exercício do controle de legalidade, corrigiu a multa de 150% aplicada na infração 2 para o percentual de 75%, em conformidade com a jurisprudência deste Conselho, a exemplo do ACORDÃO CJF Nº 0420-12/13 5, que confirmou Decisão da 1ª JF no Acórdão nº 0139-01/13, que transcreveu à fl. 699, como segue:

(...)

O § 1º do art. 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei Federal nº 9.430/96 c/c Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06. 4.502, de 30 de novembro de 1964”. Portanto, a multa não é duplicada “sempre”, mas, apenas, nos casos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinções ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos).

O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento).

E o art. 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas). Nestes autos, em nenhum momento se falou em dolo, fraude ou conluio. Na imputação não consta nada nesse sentido. Dolo, fraude e conluio não se presumem. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é acusado e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata. Por conseguinte, no caso em apreço não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entrada em confronto com a escrituração do Registro de Entradas, conforme foi descrito no Auto.

E se a infração não é qualificada, a multa aplicável é a básica, de 75%, e não a multa agravada, em dobro, deque cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96”.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO ao apelo recursal, e de ofício corrijo o percentual da multa cominada à infração 2 para o percentual de 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

Pelo exposto, reduzo a multa aplicada na infração 2, de 150% para 75% e assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 710 a 740, o recorrente afirma que merece reforma o julgamento proferido pela 5ª JF, pois o Acórdão contém injustiças, conforme passou a expor.

Reapresenta preliminares de nulidades suscitadas na defesa e não acatadas, relativas a:

- a) *“... discrepância entre o histórico da autuação e os dos seus anexos e ainda entre estes e artigos do RICMS/97 dados como infringidos”;*
- b) Descumprimento do art. 21, I da LC 123/06, que prevê que *“Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos: I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;”*. Afirma que o procedimento adotado pela fiscalização, não configura infração passível de autuação, é irregular e arbitrário, ameaça o seu patrimônio, compelindo a pagar o que não deve. O lançamento é subjetivo, resulta de interpretação equivocada de preceitos legais;
- c) O Auto de Infração possui indicação sucinta da origem e natureza do crédito tributário, não permite precisar exatamente a infração cometida (considerou diferenças acumuladas, não há indicação do valor que foi recolhido), há ausência da descrição do fato de forma precisa, não preenchendo os requisitos previstos no art. 39, II do RPAF/BA vedando o pleno exercício ao seu

direito ao contraditório e à ampla defesa (ART. 5º, LV da CF);

- d) "... inexistência de justa causa... inocorrência de ilicitude... não vulnerou os dispositivos legais inseridos no Auto de Infração os dispositivos oferecidos não possibilitam...
- e) Houve quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial prévia, visto que teve acesso aos dados fornecidos pelas empresas administradoras dos cartões relativos a operações através de cartões de crédito e de débito (art. 5º da LC nº 105/01), sem instaurar o procedimento fiscal previsto no art. 144, do CTN, bem como não ter havido intimação prévia e escrita da instituição financeira (art. 197, II do CTN) e art. 5º, X e XII da CF88. Ressalta que em recente Decisão do plenário do STF decidiu que a Fazenda Pública não pode quebrar o sigilo bancário de contribuinte sem autorização judicial (5ª Câmara do TJ/SP - *Lei Estadual nº 12.186/06*). Conclui que a fiscalização violou o devido processo legal (art. 5º, LIV da CF).

No mérito, diz que se ultrapassada às preliminares de nulidades, a autuação não pode prosperar.

Faz uma síntese da instituição do Simples Nacional a partir de 1º/7/07 (LC 123/06), envolvendo uma "cesta de tributos" (ICMS, ISS, IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS e a Contribuição para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica), editando diversas Resoluções, em especial a CGSN nº 94/11, que trata da omissão de receitas/saídas, que deve ser tributada na forma do Simples Nacional, observando as alíquotas do ICMS previstas nos Anexos I ou II da LC 123/06 (entre 1,25% e 3,95%), de acordo com a faixa de receita bruta e as penalidades previstas na legislação do Imposto de Renda, conforme previsto no art. 13, §1º, XIII (ICMS devido: ... e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacoberta de documento fiscal;... f) na operação ou prestação desacoberta de documento fiscal).

E ainda o disposto no "Art. 34. *Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.*"

Afirma que se a presunção é de omissão de receita/saída, sem a emissão do documento fiscal, a operação deve ser tributada segundo a regra prevista no art. 13, XIII, "F", § 1º da LC 123/06, com tributação e penalidade disposta no art. 86 da Res. CGSN nº 94/11. Por sua vez, o art. 18, dispõe que o valor devido mensalmente pela ME e EPP, "*optante do Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.*"

Entretanto, diz que a fiscalização aplicou percentual de alíquotas em desacordo com a tabela do Anexo I da aludida Lei e indicou o art. 21, que não se coaduna com a infração.

No tocante à infração 2, ressalta que atua no comércio varejista de mercadorias, reconhecendo que, a "Redução Z" representa o resumo diário das operações ou prestações com a situação tributária e as alíquotas aplicáveis a cada mercadoria (art. 323 § 3º do RICMS/BA), e independentemente do regime de tributação adotado, sempre efetuou o cadastro corretamente.

Inclusive na venda de produtos sujeitos ao benefício da redução de base de cálculo, assim como, os produtos sujeitos a substituição tributária, para ajustar a tributação efetiva dessas mercadorias comercializadas através de ECF, sendo cadastrada no equipamento a carga tributária que corresponde efetivamente aplicável à operação.

Ressalta que comercializa produtos sujeitos a redução de base de cálculo, assim como produtos submetidos ao regime de substituição tributária (cervejas e refrigerantes), cujo ICMS foi recolhido antecipadamente, encerrando as fases de tributação e a cobrança em questão configura enriquecimento. Exemplifica uma compra de: R\$1.000,00 com revenda por R\$1.400,00 o que resulta em valor a recolher de R\$1.400,00 o que resulta em base tributável de R\$ 400,00 no Simples Nacional. Conclui que o regime de ST encerra o ciclo de tributação e é ilógico tributar normalmente as operações subsequentes [como ocorreu na autuação].

Afirma que o demonstrativo elaborado pela fiscalização relaciona aquisição dos produtos que comercializa sem atentar a tributação pelo regime de substituição tributária, sem provar a

ocorrência do fato gerador e circulação jurídica de mercadorias, a exemplo, de vendas de bebidas (cervejas e refrigerantes) para comerciante, gerando o ICMS normal e substituto, encerrando o ciclo de tributação.

Aduz que uma vez recolhido o ICMS pelo regime de substituição tributária, a exigência fiscal caracteriza exigência do imposto em duplicidade, contrariando o disposto no art. 156 do CTN, cuja verificação é vinculada (art. 113 e 142).

No que se refere ao “item infração III”, descreve a infração e diz que houve equívoco por parte da fiscalização ao indicar o montante das vendas em 2008 *apurado de R\$ 3.148.967,99 informadas na redução Z, de R\$ 1.473.042,32, deixando declarar o valor de R\$ 1.675.925,67, comentando:*

- a) No Anexo 1, consta em 2008 nos meses de janeiro, abril e junho a agosto/08 valores da redução Z superior ao informado pela administradora. Questiona onde existe omissão;*
- b) Que tomando como referência os valores lançados, não poderia considerar vendas informadas por meio das administradoras de R\$3.148.967,99, enquanto o valor declarado na Redução Z foi de R\$1.473.042,32, não podendo considerar diferenças acumuladas. Alega que deveria ser considerado a Redução Z e/ou notas fiscais de vendas a consumidor. Requer realização de diligência para apuração mensal;*
- c) Não foi demonstrado como foi apurado o percentual de 31,26%;*
- d) Não há prova de que ao final foi deduzido do ICMS “declarado/recolhido”;*
- e) Exigir o ICMS calculando com valores superiores ao da mensuração da operação, representa uma verdadeira majoração da carga tributária, o que é vedado pelo art. 97 do CTN;*
- f) Além da cobrança do ICMS de operações já tributadas pelo regime de substituição tributária, ao aplicar alíquotas como percentuais em desacordo com a tabela do Anexo I da LC 123/06, aplicável no cálculo do Simples Nacional, compromete a validade do Auto de Infração.*

Com relação à multa aplicada, diz que mesmo que a Decisão da primeira instância tenha reduzido de 150%, para 75%, para um pagamento do imposto no valor de R\$ 257.537,89 é desproporcional e incorreto o que merece uma reforma por medida de justiça.

Requer o acolhimento das preliminares de nulidade, por falta de requisito da liquidez e certeza, determinando o arquivamento do processo, e caso assim não se entenda, que seja refeita as planilhas originais, observando os dispositivos legais.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 745/747, inicialmente comenta as preliminares de nulidades suscitadas e afirma que não merece qualquer suporte, visto que o lançamento foi feito em conformidade com a legislação de regência e que o erro de capitulação não configura nulidade, isto que os fatos infracionais foram descritos corretamente.

Também, que não houve quebra de sigilo bancário, visto que as informações repassadas pelas administradoras de cartão de crédito tem respaldo no art. 35 da Lei 7.014/96, com amparo no Convênio ECF 01/01, do qual o Estado da Bahia é signatário.

No mérito, afirma que as teses recursais foram apresentadas de forma genérica, tendo ao longo do trâmite do processo feito depurações referentes à proporcionalidade com base nos livros fiscais do estabelecimento autuado. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto o contribuinte reapresentou na sua quase totalidade os mesmos argumentos contidos na defesa inicial. Com relação às cinco preliminares de nulidades suscitadas, verifico que foram apreciadas na Decisão da primeira instância e não merece qualquer reparo.

Com relação à primeira e segunda nulidades suscitadas de que há discrepância entre o histórico da autuação, seus anexos e artigos do RICMS/97 infringidos, verifico que os valores indicados no demonstrativo de débito relativo à infração 1 estão contidos nos demonstrativos acostados às fls. 96, 104 e 112, bem como as planilhas referentes à infração 2, às fls. 96 e 104.

No tocante aos dispositivos infringidos, foram indicados o descumprimento dos artigos 18, que trata da apuração do imposto devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, mediante aplicação da tabela do Anexo I; art. 26 que trata de emissão de documentos fiscais e art. 35, referente as normas relativas aos juros o descumprimento do disposto no art. 4º, § 4 da Lei nº 7.014/96. O art. 21 citado pelo recorrente trata dos tributos devidos, apurados, e recolhidos, na forma dos artigos 18 a 20 da mencionada Lei Complementar e não o enquadramento como um todo. Logo, tendo sido indicado de forma genérica, tantos os anexos, como os dispositivos infringidos se coadunam com as infrações.

No que se refere a terceira e quarta nulidade suscitada, alegando falta de clareza da infração e inexistência de justa causa, observo que na fl. 1 do Auto de Infração foi descrito detalhadamente que o contribuinte não declarou todas as receitas apuradas na Redução Z; indicou na DASN receitas de vendas de produtos submetidos a substituição tributária em montante maior que os registrados na redução Z e omitiu vendas por meio de cartão de débito/crédito, tudo conforme demonstrativos acostados aos autos. Logo, ao contrário do que foi afirmado, a descrição do fato foi feito de forma satisfatória, preenche os requisitos previstos no art. 39, II do RPAF/BA, o que possibilitou exercer o direito de defesa, tanto que os argumentos apresentados foram acatados em parte mediante a realização de diligência fiscal (fl. 651), o que culminou na redução do débito (fls. 682 e 683). Por isso, ficam, também rejeitadas tais nulidades suscitadas.

Quanto à nulidade suscitada sob o argumento de que houve quebra de sigilo bancário, sem a devida autorização judicial, verifico que conforme fundamentado na Decisão da primeira instância, a partir da edição da Lei nº 9.837/05, com efeitos a partir de 01/01/06, foi acrescentado o art. 35-A a Lei nº 7.014/96, passando as empresas administradoras de cartão de crédito e débito, obrigadas a informar à Secretaria da Fazenda as operações individualizadas realizadas com os cartões, independente de autorização do contribuinte. Portanto, não houve a alegada quebra de sigilo bancário e sim fornecimento de dados relativo a operações mercantis com recebimento por meio de cartões, que foram confrontadas com as registradas na Redução Z do ECF do estabelecimento autuado. Portanto, legal o procedimento fiscal e não enseja nulidade.

Relativamente às questões formuladas atinentes a eventual inconstitucionalidade dos dispositivos legais aplicado, ressalto que conforme disposto no art. 167, I do RPAF/BA, não compete a este Conselho de Fazenda apreciar questões de constitucionalidade da legislação tributária.

No mérito o recorrente reapresentou as alegações defensivas de que:

- a) A LC 123/06 e Res. CGSN nº 94/11, no que se refere à omissão de receitas/saídas, deve ser tributada na forma do Simples Nacional, observando as alíquotas do ICMS, entre 1,25% e 3,95% (Anexo I);
- b) Devia ser exigido o imposto aplicando a regra prevista no art. 13, XIII, “F”, § 1º da LC 123/06, com tributação e penalidade disposta no art. 86 da Res. CGSN nº 94/11 e a fiscalização aplicou percentual de alíquotas em desacordo com a Tabela do Anexo I.

No que se refere à tributação em conformidade com o previsto na legislação do Simples Nacional, observo que conforme apreciado na Decisão da Primeira Instância, a fiscalização identificou operações com recebimento por meio de cartão de crédito e débito que não foram registradas na Redução Z e indicou na DASN receitas de vendas de produtos submetidos a substituição tributária em montante maior que o registrados na redução Z. O procedimento fiscal consistiu no refazimento dos cálculos do imposto, com a inserção das receitas (cartão débito/crédito) e correção do volume de vendas de produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Do valor apurado, deduziu os valores recolhidos o que resultou nas diferenças exigidas.

No que se refere à aplicação da Tabela do Anexo I da LC 123/06, constato que os percentuais de ICMS que variam de 3,07% a 3,95% nos meses de janeiro a setembro no exercício de 2008 (fl. 663) e de janeiro a agosto de 2008 (fl. 671), são os mesmos da Tabela do Anexo I apresentado pelo

recorrente à fl. 726. Já os percentuais de 4,74% indicados nos demonstrativos de 2008 (outubro a dezembro) e de 2009 (agosto a dezembro), tem como base o percentual de 3,95% acrescido de 20% totalizando 4,74%, em virtude de ter ultrapassado o limite máximo de faturamento de R\$200.000,00 (limite de R\$2.400.000,00), conforme vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (alterado disposto no art. 18, §16 da LC 123/06 pela LC 139/11 a partir de 10/11/11). Logo, ao contrário do que foi alegado, os percentuais aplicados estão em conformidade com a legislação tributária que disciplina a apuração dos tributos do Simples Nacional.

No tocante ao Recurso interposto intitulado “item infração II”, na realidade está contido também na infração 1 e refere-se a indicação de receitas decorrentes de vendas de produtos submetidos ao regime de substituição tributária, que a fiscalização acusou ter sido computado a mais na DASN.

A empresa reapresenta a alegação de que os produtos foram cadastrados corretamente no ECF e os cupons fiscais foram emitidos e escriturados de forma correta, a exemplo de cerveja e refrigerante. E que, a fiscalização está a cobrar o imposto em duplicidade e sem demonstrar.

Conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, a empresa questionou na defesa inicial o percentual aplicado e em atendimento ao alegado, foi determinada a realização de diligência fiscal para que a fiscalização promovesse ajustes no levantamento fiscal (fl. 651).

A fiscalização intimou a empresa para apresentar demonstrativo de vendas de produtos submetidos ao regime de substituição tributária (fl. 656) e de acordo com os demonstrativos apresentados, refez os demonstrativos originais que foram acostados às fls. 658 a 679, o que resultou na redução do débito da infração 1 de R\$258.526,44 para R\$256.319,55 (fl. 682).

Pelo exposto, os percentuais de vendas de produtos submetidos ao regime de substituição tributária, foi feito em conformidade com os dados apresentados pelo próprio contribuinte, indicando percentuais de vendas no exercício de 2008 que variam mensalmente de 17,24% a 41,41% (fl. 659) e no exercício de 2009 de 29,09% a 43,02% (fl. 665), cujo resultado da diligência lhe foi fornecido com entrega de cópias dos demonstrativos refeitos (fl. 685).

A contestação com relação às vendas de produtos enquadrados no regime de substituição tributária foi feita de forma genérica, sem indicar qualquer erro supostamente ocorrido em qualquer mês no demonstrativo refeito pela fiscalização, restando comprovado a acusação de que na apuração do imposto, foi computado na DASN valor superior de receitas na redução Z. Por isso, não acolho tal argumento.

Pelo exposto, considero correta a Decisão ora recorrida pela procedência em parte da infração 1.

Quanto ao “item infração III” do Recurso, que na realidade se refere à infração 2, foram reapresentados os mesmos argumentos da defesa, de que (i) *nos meses da janeiro, abril e junho a agosto/08 valores da redução Z superior ao informado pela administradora* (ii) *não poderia considerar diferenças acumuladas* (iii) *Não foi demonstrado como foi apurado o percentual de 31,26% o que majorou a carga tributária (ST);* (iv) aplicado alíquotas como percentuais divergentes da Tabela do Anexo I da LC 123/06.

No que se refere aos argumentos de que foi apurado operações de saídas submetidas a substituição tributária e erro na aplicação dos percentuais aplicáveis ao Simples Nacional, observo que já foram apreciados na infração 1, ou seja, foi realizada diligência na qual foram corrigidos os valores e o sujeito passivo ao não contestou o seu resultado. Da mesma forma, com relação às alíquotas aplicáveis, contato que nos demonstrativos refeitos (fls. 663 e 678), em alguns meses foram aplicados percentuais de 4,74% que corresponde a um acréscimo de 20% sobre o percentual previsto de 3,95%, em razão de o contribuinte ter ultrapassado em valor de R\$200.000,00, no ano calendário do limite da receita bruta (R\$ 2.400.000,000, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, previsto no art. 18, §16 da LC 123/06).

Quanto aos argumentos referentes diferenças acumuladas e demonstração da apuração do percentual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, observo que

conforme indicado nos demonstrativos refeitos pela fiscalização (fls. 658 e 665), só foi exigido imposto nos meses em que foram apurados valores recolhidos a menos. Caso em algum mês o contribuinte tenha recolhido ICMS a mais que o devido, é cabível a restituição de indébito, mediante pedido em conformidade com os artigos 73 a 79 do RPAF/BA, mas não pode ser feito neste processo.

No que se refere aos percentuais de comercialização de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, observo que conforme apreciado anteriormente (infração 1), os percentuais mensais indicados nos demonstrativos refeitos (fls. 658 e 665) foram apurados em conformidade com os dados fornecidos pela empresa, em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF (fl. 651). Logo, se os dados tivessem sido computados de forma equivocada, caberia ao recorrente indicar em que mês isso ocorreu. Como foi feito de forma genérica e sendo possuidor dos dados, poderia trazer ao processo demonstrativos próprios para provar suas alegações. Por isso, não acolho estas alegações.

Com relação à alegação de que o percentual da multa aplicada é desproporcional, observo que o percentual de 75%, é previsto nos artigos 35 e 44 da LC 123/06 e Lei 9.430/96. Portanto, são legais e de acordo com o art. 167, I do RPAF/BA, não compete a este órgão julgador apreciar questões de inconstitucionalidade, bem como, em se tratando de descumprimento de obrigação principal, também, não compete apreciar o pedido de redução ou cancelamento da multa.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232331.0003/13-9** lavrado contra **BOMBOMJA MERCADO PARAÍSO LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$257.537,89**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS