

A. I. Nº - 152240.0020/15-5  
AUTUADO - N BRANDÃO LEITE - EPP  
AUTUANTE - ROBERTO FERNANDES GONÇALVES  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.02.2016

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0011-05/16**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, após ajustes procedidos pelo Fisco. Infração mantida. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$89.766,97 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor. Multa de 75% - Arts. 35, LC Nº 123/06; 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07 - Valor Histórico: R\$87.185,65;

INFRAÇÃO 2 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - Sem dolo. Multa de 75% - Arts. 35, LC Nº 123/06; 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07 - Valor Histórico: R\$2.581,32.

O autuado, às fls. 84 a 106 dos autos, apresenta defesa, relata quanto à tempestividade e descreve as imputações com os respectivos dispositivos legais imputados.

Suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração quanto ao procedimento de apuração da base de cálculo do imposto, quanto à ausência de anexos processuais e quanto à falta de clareza do Auto de Infração, tendo prejuízo ao princípio do contraditório e da ampla defesa do contribuinte.

Em relação à 1<sup>a</sup> nulidade suscitada - Procedimento de apuração da base de cálculo do imposto - segundo o próprio autuante, apurou “(...) através do sistema AUDIG – (AUDITORIA DIGITAL) da SEFAZ...”.

Pontua que as confusões geradas no “sistema” para se chegar a base de cálculo, o ínclito Agente autuante, que não satisfeito, complicou ainda mais, lavrando contra o autuado, outras 03 (três) Notificações Fiscais, referente ao mesmo período do auto de infração, cobrando supostas

diferenças do imposto devido de Antecipação Parcial, tomando por base de apuração o extrato do Simples Nacional (PGDAS/DASN), relativos às operações de aquisições de mercadorias interestaduais.

Frisa que pese o Órgão Julgador das Notificações não ser esta colenda Corte julgadora, apenas como substrato fático, uma vez que as diversas confusões perpetradas pelo nobre Agente Fiscal comprometeram, indubitavelmente, a exação ora guerreada, bem como todo seu trabalho de fiscalização.

Disse que o Auto de Infração lavrado contra o contribuinte, o preposto fiscal lavrou, ainda outras 03 (três) Notificações Fiscais (9152240016/15-5; 9152240017/15-1 e 9152240018/15-8), cobrando, respectivamente, os valores de R\$19.748,01; R\$1.519,05 e R\$577,15, todas, supostamente, referente ao recolhimento a menor no ICMS Antecipação Tributaria.

Afirma que o autuante não requereu a ciência do contribuinte nos referidos documentos, prejudicando-o, de forma extremamente questionável, além de ter reclamado créditos (indevidos), separadamente, dentro do mesmo período fiscalizado, com intuito claro de confundir o contribuinte, apresentando 4 (quatro) cobranças de crédito, repetindo, dentro do próprio período fiscalizado, só que separado! Cita o art. 18, II do RPAF/BA.

Afirma que é flagrante, que Agente Fiscal, no seu mister fiscalizatório, agiu, indubitavelmente, com ardil programático visando à preterição do direito de defesa do autuado, fazendo a constituição de supostos créditos, através de 04 (QUATRO) lançamentos de ofício, tendo condição de fazê-lo através de um único documento fiscal e, ainda, o que é pior, omitindo a realização dos outros 03 (três), com o objetivo específico da preterição do direito de defesa do autuado, tornando nulo todo procedimento fiscal, inclusive do Auto de Infração ora guerreado, por fazer parte do procedimento fiscal (Art. 20 do Decreto nº 7.629/1999), além de outros motivos que se verá a seguir.

Em relação à 2ª nulidade suscitada devido à ausência dos anexos processuais no Auto de Infração. Diz que o artigo 140 *usque* 144 do Decreto nº 7.629/1999 determina que a parte que alegar fato constitutivo deverá ser apresentada ou requerida pela parte prejudicada. No caso em tela, o Sr Agente fiscal, não teve o cuidado em entregar ao autuado, todos os anexos que ensejaram as referidas cobranças, quer sejam as fotocopias dos documentos que supostamente foram omitidos na sua entrada; quer sejam planilhas que detalhem a forma de apuração do calculo imposto reclamado, pois o contribuinte não conhece, nem tem a obrigação de conhecer o sistema AUDIG (auditoria digital) da SEFAZ, e nem dar crédito ao resultado de sua apuração, portanto, eivado de nulidade absoluta esta o procedimento fiscal também em relação ao Auto de Infração.

Reproduz estes relatórios advindos do sistema AUDIG, o próprio CONSEF já se manifestou:

*Entretanto, mesmo sem fazer referência de maneira específica a legislação e aos princípios de direito, mas diante do princípio processual insculpido no adágio latino da **mihi factum et dabo tibi jus** (Dá-me o fato e te darei o direito), entendo que o Recorrente também alega que o Lançamento não foi suficientemente claro em apontar a base de cálculos e os métodos de apuração realizados pela fiscalização, prejudicando a sua ampla defesa, o que incidiria em desrespeito ao quanto disposto no artigo 2º e no inciso III do art. 39, ambos do RPAF/BA, abaixo transcritos: Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (...) Art. 39. O Auto de Infração conterá: (...) III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta; É de notória sabença, que todo Auto de Infração lançado pela fiscalização deverá ser claro, preciso e sucinto para que haja a compreensão pelo sujeito passivo daquilo que está sendo acusado. Compulsando os autos, creio que não estão presentes esses requisitos fundamentais para que seja garantida a ampla defesa e o pleno contraditório. Muito pelo contrário. Os relatórios que dão ensejo a este Auto de infração, processados por um programa de computador específico (AUDIG) são confusos e nada explicativos os que tornam incompatíveis com as normas Regulamentares ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF) ACORDÃO CJF Nº 0309-12/13 8 do Procedimento Administrativo Fiscal do Estado da Bahia. Sendo assim, torna-se impossível contestar os números e fatos por ele apurados. Diante dessa situação, não vejo, em hipótese nenhuma, como dizer ao contribuinte que tais demonstrativos são concisos, claros e precisos. Não é porque o Simples Nacional conte em uma cesta de*

tributos, que o Ente Tributante tem a permissão de se furtar a clareza e precisão na demonstração de quanto se deve de ICMS e, não menos importante, por que deve, sem que se tenha que se recorrer a demonstrativos absurdamente confusos e explicações que não se coadunam com o espírito do Regime de Tributação do Simples Nacional. Desta forma, entendo que o presente Auto de Infração, nem de longe, concretiza o quanto expresso no art. 1º da LC 123/06, e no art. 170, XI da nossa CF, referente ao tratamento diferenciado e favorecido previsto para as Microempresas. Assim, com a evidente complexidade dos cálculos que embasam a autuação e a impossibilidade de um microempresário averiguar os critérios de apuração do imposto, entendo que o Auto de Infração da maneira com este se processa é nulo por não observar os requisitos de clareza e precisão previstos no art. 39, III, do RPAF/BA.

Considero as infrações 1 e 2 nulas. Ex positis, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que se julgue NULO o Auto de Infração debatido.

Lembra através de citação de Ives Gandra, “representa apropriação de bens do cidadão” e, portanto, sempre deverá observar os princípios e preceitos constitucionais. Princípios estes que foram envilecidos no auto de infração em lide, conforme restará provado.

Afirma que deve-se ainda considerar que cabe ao Estado – se é que estamos em um Estado de Direito - o ônus da prova em questões em tributárias, caso contrário, viver-se-ia em eterno temor e desconfiança.

Pontua que de acordo com Ives Gandra, sempre que a tributação agregada retire do contribuinte a capacidade de se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos a mais do que essas necessidades para reinvestir ou se desenvolver), estar-se-á perante o confisco. *“Incivile est, nisi lege prospecta, uma aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere”*. É contra o Direito julgar ou responder sem examinar o texto em conjunto, apenas considerando uma parte qualquer do mesmo (Celso, Digesto, liv 1, tít. 3º, frag 24). Analogamente: não se pode concluir pela culpabilidade de alguém sem prova cabal da sua infração, sob pena de leviandade e afronta a justiça.

Junta decisão do CONSEF na qual a própria Corte Julgadora não coaduna com a forma de apuração calculada pelo sistema AUDIG:

*3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0249-03/14 EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. NULIDADE. Aplicada metodologia de cálculo em desacordo com as normas do Simples Nacional. A fiscalização desconsiderou a condição do autuado de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuintes devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional. A imputação deveria ser apurada com aplicação do sistema AUDIG de fiscalização específico para apurar irregularidades cometidas por contribuintes optantes pelo SIMPLES NACIONAL. Neste caso, diante da inadequação do roteiro de fiscalização adotado, resta configurada a inexistência no lançamento tributário dos elementos suficientes para se determinar com segurança e liquidez, a infração, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, impõe-se a nulidade da autuação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.*

Afirma que a imprestabilidade além de cristalina, é pacífica através de mais uma jurisprudência:

*5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0248-05/14 EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS E DAS ALIQUOTAS APLICÁVEIS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 2. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS. A aplicação dos roteiros de auditoria, se mostraram eivadas de vícios materiais, como a inclusão na base de cálculo do lançamento, de notas já registradas, de notas fiscais com mercadorias de uso e consumo do estabelecimento, de retorno de conserto, de notas fiscais com itens não tributados, e até de um automóvel utilitário, adquirido como ativo da empresa, que foram sanadas a cada informação fiscal, resultante em sucessivos demonstrativo de débito. Na primeira informação fiscal, fls. 216/20, o autuante inseriu outros documentos fiscais no demonstrativo permanecendo saldo remanescente a cobrar no exercício de 2009, decorrentes destas inserções nas infrações 1 e 2 que são conexas. Infrações 1 e 2 nulas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Tais aquisições foram consideradas para efeito do cálculo do imposto nas duas primeiras infrações, e jamais poderiam ser objeto de lançamento da antecipação parcial, visto que se foram tributadas pelas saídas, só é devido a multa de 60% pela não antecipação parcial, e não o imposto, pois aqui estaria a se imputar o imposto em valor superior ao devido, visto se considerar o lançamento de ICMS na omissão de saída nos lançamentos anteriores. Assim, ocorreu vício formal insanável por erro no*

*enquadramento. Auto de Infração NULO. Decisão unânime*

*4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF N° 0100-04/14 EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Inexistem nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração impetrada ao sujeito passivo, diante da metodologia de cálculo adotada pelo autuante. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.*

*1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF N° 0303-01/12 EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCEDIMENTO LEGAL. Vícios substanciais do lançamento. Inconsistência das demonstrações fiscais: estrutura, forma e conteúdo. Ausência de provas: relatórios TEF Diários. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.*

Disse que existem várias decisões do CONSEF favoráveis ao contribuinte em detrimento as planilhas apresentadas pelo sistema AUDIG, pela total imprestabilidade das mesmas, especificamente, pela falta da certeza e liquidez exigidas para a lavratura do Auto de Infração em estrita observância ao comando legal dos artigos 2º e no inciso III do art. 39, ambos do RPAF/BA, abaixo transcritos:

*“Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (...)*

*Art. 39. O Auto de Infração conterá:*

*(...)*

*III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta”;*

Salienta que para a validação do ato administrativo, no caso, do auto de infração, a observância, no mínimo, destes preceitos legais, sem adentrar nos consagrados, princípios norteadores do Direito Administrativo e Constitucionais acerca da validade dos atos vinculados da Administração Pública e dos seus agentes.

De seu turno, pugna que pela primazia do Estado Democrático de Direito, que tem como corolário a primazia do respeito aos direitos constitucionalmente assegurados, em especial o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, pugnando pelo reconhecimento da nulidade arguida, pela falta da apresentação dos documentos probantes dos créditos reclamados no auto de infração em comento e a insuficiência dos relatórios apresentados pelo “sistema AUDIG” pela falta de clareza e determinação dos valores apurados, bem como das suas inconsistências apresentadas como relatório definidor da apuração da base de cálculo. Isso sem adentrar nas questões sobre a proporcionalidade que não foram consideradas, porém, esta é uma questão de mérito que adentraremos, apenas, por amor ao debate, uma vez que as preliminares aqui suscitadas nos trarão, inexoravelmente, a nulidade de todo procedimento administrativo e, por conseguinte, do Auto de Infração.

Para a 3ª nulidade reclamada, preliminarmente, o autuado alega falta de clareza do Auto de Infração, prejudicando o princípio do contraditório e da ampla defesa. Cita do art. 5º, LV, da CF/88.

Destaca que em razão da importância desse princípio no processo administrativo e, principalmente, dos desdobramentos práticos que decorrem de sua aplicação, é importante que se analise com maior profundidade do que se trata tal garantia.

Diz que no processo administrativo o contraditório se traduz na faculdade do autuado manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pelo autuante. É o sistema pelo qual a parte tem garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra esses.

Afirma, também, que da essência da autuação a indicação sucinta da origem e natureza do crédito tributário, mencionando especificamente a disposição da lei em que seja fundado e a descrição completa dos fatos. O sujeito passivo deve conhecer plenamente as acusações que lhe

são imputadas para que possa, adequadamente, rebatê-las, sob pena de nulidade do auto de infração, e isso não ocorreu Nobre Julgador, principalmente pelo “sistema” utilizado pelo autuante que não passa nenhum entendimento sobre o trabalho realizado.

No presente caso, registra que o auto de infração é nulo desde seu início por não atender o disposto no art. 28 e do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999 que trata dos requisitos da lavratura do auto de infração, ato pelo qual se formaliza a exigência do crédito tributário. Isto porque não permite ao contribuinte precisar exatamente a infração cometida, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Destaca, ainda, que far-se-ão acompanhar o auto de infração, inexoravelmente, conforme previsto no artigo 28, nos §§3º e 4º:

*Art. 28. (...)*

*§ 3º O Termo de Encerramento de Fiscalização registrará de forma circunstanciada os fatos relacionados com a ação fiscal, devendo conter, no mínimo, as seguintes indicações:*

*I - a denominação do termo;*

*II - a hora, o dia, o mês e o ano da lavratura;*

*III - o número da ordem de serviço, quando for o caso;*

*IV - o período fiscalizado;*

*V - a identificação do contribuinte: firma, razão social ou denominação, endereço e números de inscrição nos cadastros estadual e federal, se houver;*

*VI - a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, com declaração expressa, quando for o caso, de que não foi apurada nenhuma irregularidade no tocante à legislação, ou, em caso contrário, com descrição detalhada dos fatos apurados;*

*VII - a declaração, com efeito de recibo, quanto à devolução dos livros e documentos anteriormente arrecadados, se for o caso;*

*VIII - o nome, o cadastro e a assinatura do funcionário fiscal.*

*§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

*I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, que poderão ser substituídas por reprodução do exato teor do termo em folha à parte, pela autoridade fiscalizadora, devendo neste caso ser indicada a página do livro em que foi lavrado o termo original;*

*II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido. (g.n.)*

Acrescenta que a ausência da descrição do fato de forma clara e precisa impossibilita a ampla defesa por parte da reclamante, assim como os documentos juntados ao auto de infração, são insuficientes para se estabelecer ao certo se o fiscal realmente constatou a venda e, por conseguinte, “*omissão de saídas de mercadorias tributadas...*” ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada presumiu a venda das mesmas sem notas fiscais.

Colaciona decisão da 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais assim se pronunciou a respeito da questão:

*“EMENTA - 1. ICMS - Auto de Infração. 2. O demonstrativo físico contábil ou econômico, realizado através de levantamento fiscal, é uma prática de fiscalização hábil para apuração do movimento real tributável, por ter amparo na legislação tributária estadual.3. A omissão de entrada caracteriza, apenas presunção de omissão de saída e assim deve ser considerado, cabendo um aprofundamento da ação fiscal para confirmação ou não dessa omissão. 4. Auto de Infração e Notificação Fiscal deve capitular claramente a infração cometida e a penalidade decorrente deve estar consistente com a descrição do ilícito fiscal. 5. Recurso ex officio improvido e recurso voluntário provido. Decisão: Unânime, em 03/11/92.” (destaques nossos) (Acórdão nº 134 - 2ª Câmara Permanente de Recursos Fiscais (MG). Recurso nº 799 – Ex Officio e Voluntário. Relator: Walmir Hugo Dos Santos)*

Sustenta que o procedimento fiscal deve ser feito com clareza, numa linguagem comum, que permita às partes fornecerem as informações necessárias à autoridade julgadora para que esta forme seu juízo, permitindo ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, assim como os papéis de trabalho que o acompanham.

Cotejando a descrição da infração averiguada, tal como narrada, declara que com os documentos

juntados ao auto de infração, infere-se, claramente, são insuficientes para estabelecer ao certo se o fiscal constatou a venda de mercadorias sem notas fiscais ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada, presumiu a venda das mesmas sem notas fiscais.

Logo ilustres Conselheiros, a confusão perpetrada pelo ilustre Agente de Tributos e seu “aparato” de fiscalização o sistema dito AUDIG (AUDITORIA DIGITAL), reafirma que não precisa informações nos trabalhos realizados pelos prepostos fiscais, que impossibilitam a intelecção do resultado da fiscalização e consequentemente do auto de infração que largamente é utilizado como medida punitiva, embora na maioria das vezes, equivocada, como no caso em tela.

Por fim, pede reconhecimento da nulidade suscitada do Auto de Infração.

No mérito, alega inconsistência na apuração da base de cálculo por falta de observância aos preceitos estatuídos na Lei Complementar nº 123/2006. Discorre que o sistema (AUDIG) que é veementemente combatido nesta defesa discutida, por ser desconhecida sua metodologia e aplicabilidade e, se estão necessariamente em observância a Resolução CFC n. 750/93 que serve como norteador e balizador dos procedimentos contábeis que servirão de apoio e demonstração aos fiscos, quer seja no âmbito Federal, Estatal ou Municipal.

Cita a Lei Complementar nº 123/2006 - art. 8, §§ 2º e 4º, que instituiu o Simples Nacional, dentre outros diversos preceitos asseguratórios as pequenas e medianas empresas, garante especificamente do caso em tela, que para a apuração da base de cálculo deve Expurgar os valores devidos as mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária (ST), cuja segregação dar-se-á mensalmente, apurando-se o valor a pagar.

Afirma que a norma deixa clara que devem ser deduzidos da apuração da Base de Cálculo as mercadorias enquadradas no regime de ST e, no caso em tela, o Agente Fiscal mitigou esta premissa legal. No *modus operandi* do sistema utilizado para consecução dos seus trabalhos fiscais ele, “pegou” todas as notas fiscais endereçadas ao contribuinte, sem a sua determinação, ou seja, sem observância a sua classificação fiscal em que se classificariam as que seriam, necessariamente, segregadas para se chegar ao valor devido, mês a mês. E, se fez, nas as apresentou, nem os DANFEs, nem a planilha com o detalhamento, portanto, completamente improcedente!

Inobstante a atividade principal do Autuado, afirma que tem como CNAE principal 4712100 – Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, mercearias etc. E, tendo como esta atividade principal a revenda em minimercados de produtos alimentícios e de utilidades domésticas, trabalha, essencialmente com mais de 60% (sessenta por cento) de seus produtos enquadrados no regime de substituição Tributária (ST), assim como as já objeto de Antecipação Parcial (AP), não podendo ser novamente tributadas na saída. Vejamos:

Reitera que a segregação prevista no art. 18, §4º da Lei Complementar nº 123/2006 consiste em não incidir ICMS nas receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação e de exportação.

Aduz que de tão absurdo os anexos apresentados que os desencontros de informação são gritantes, pois vejamos:

No Anexo 1 (APURACAO MENSAL DA OMISSAO DE SAIDAS DAS VENDAS COM CARTAO DE DEBITO/CREDITO (TEF)), o fiscal apresenta um relatório referente ao exercício de 2013 em que as administradoras, informaram, apenas valores nos meses de outubro e novembro (R\$ 32.219,45 e R\$ 19.644,58, respectivamente).

No anexo 2 (CALCULO DA RECEITA APURADA), apresenta o autuante um relatório da SEGREGACAO DA RECEITA COM ST POR INFRACOES APURADAS, que de maneira muito ininteligível, informa, curiosamente e sem NENHUMA definição, supostas omissões de receita nos MESES DE OUTUBRO e NOVEMBRO/2013.

Para o ANEXO 3 (ANALISE DO ICMS SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR), a CONFUSAO do fiscal e de seus relatórios, se solidifica em flagrante desconhecimento do seu trabalho ou o que fazer dele. Pois, se a analise auferida no relatório apresentado esta correta, ratifica que o autuante desconhece o seu mister, pois identifica valores recolhidos a maior e NÃO sabe o que fazer! Vejamos o resumo da tabela/relatório apresentado pelo autuante:

MES	ICMS DEVIDO	ICMS RECOLHIDO	ICMS A RECOLHER	ICMS A MAIOR
5	321,51	1.381,60	NIHIL	1.060,09
6	710,17	3.102,60	NIHIL	2.392,43
7	1.310,82	8.439,38	NIHIL	7.128,56
8	2.281,70	11.992,02	NIHIL	9.710,32
9	1.630,20	9.675,41	NIHIL	8.045,21
10	2.535,13	13.360,84	NIHIL	10.825,71
11	3.427,81	3.838,57	NIHIL	410,76
12	3.418,29	3.870,50	NIHIL	452,21
<b>TOTAL</b>	<b>15.635,63</b>	<b>55.660,92</b>	<b>NIHIL</b>	<b>40.025,29</b>

Disse que pode ser observado, se o valor total devido é R\$ 15.635,63 e foi recolhido R\$ 55.660,92, NÃO EXISTINDO NADA A COBRAR, CASO O TRABALHO DO PREPOSTO FISCAL ESTEJA CORRETO, CASO O “SISTEMA AUDIG” REALMENTE SEJA CONFIAVEL, CABE AO CONTRIBUINTE A RESTITUICAO DE R\$ 40.025,29!

Explica que no exercício de 2014 no ANEXO 3 as inconsistências continuam, pois em um relatório informa o ICMS a recolher é de R\$82.961,92, no outro (ANEXO 3 – CONTINUACAO) apresenta uma diferença de ICMS A RECOLHER no valor de R\$ 79.307,805. Senhores, AUDITORIA é coisa seria, não se pode “brincar” de fiscalizar. Levantar créditos (indevidos) em desfavor do contribuinte, sem apresentar documentos probantes da sua constituição esta, ainda que de forma culposa, tipificado no artigo 316 § 1º do Código Penal, que foi inserido pela Lei nº 8137/90. Por isso a falta de Demonstrativos que detalhem, cada operação, classificando os CFOP’s das mercadorias, expurgando as já recolhidas por ST e AP, é questão que se impõe!

Observa, ainda, que a empresa que teve suas atividades iniciadas em 28/12/2012, adquiriu durante os exercícios seguintes (2013/2014) – período fiscalizado – diversos produtos destinados ao ativo imobilizado e materiais de uso e consumo, que, também, não foram expurgados da base de calculo pelo Agente Fiscal, quer seja pelo seu “sistema” utilizado, ou pelo seu desconhecimento na sua utilização.

Aborda que sobre esse tema um colega do autuante, ao ser diligenciado num procedimento de informação fiscal após a lavratura, nos mesmos moldes, através do sistema AUDIG, o fiscal autuante declina da sua competência, por entender ser complexo o relatório, vejamos a transcrição do julgamento pela doura 1ª Turma do Egrégio Conselho, julgando, por conseguinte, NULO o trabalho do fiscal:

*1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF N° 0303-01/12*

*“O fiscal autuante prestou informação (fl. 78) dizendo que, diante da complexidade das questões formuladas na diligência e da dificuldade dele, autuante, em respondê-las, por desconhecer tecnicamente o funcionamento do aplicativo, sugere que o processo seja encaminhado ao gestor do Audig para análise e emissão dos relatórios solicitados. Explica que o seu trabalho consistiu em elaborar as planilhas com a documentação apresentada pelo contribuinte (Notas Fiscais e Reduções “Z”), bem como as informações contidas no sistema INC, relativas aos Relatórios TEF, e os extratos do Simples Nacional, sendo que as planilhas são importadas para o aplicativo e os dados do extrato do Simples Nacional são inseridos manualmente, de modo que para gerar os relatórios basta ao autuante acionar nos botões apropriados e o processamento independe de sua intervenção, é automático”. (g.n.)*

Diz que resta evidente que, se os próprios autuantes desconhecem o sistema que geram valores absurdos de créditos reclamados, em sua grande maioria indevidos na sua totalidade, gerando passivos irresponsavelmente constituídos e que, algumas vezes são ratificados sem alguma procedência, configura-se, no mínimo, num grande absurdo!

No caso em tela, afirma que não tendo sido disponibilizado ao contribuinte as provas ensejadoras da Base de Cálculos, nem tampouco os demonstrativos/planilhas que segregaram, individualizadamente operações do regime de ST; AP; mercadorias destinadas ao Ativo

Permanente e as destinadas a Uso e Consumo.

De seu turno, requer o Impugnante a designação de diligência, com espeque no artigo 145 do RPAF, para que o senhor fiscal autuante apresente as fotocopias dos DANFE's, bem como das planilhas/demonstrativos dos valores levantados pelo "sistema AUDIG", tendo em vista a não apresentação das mesmas e para assegurar ao contribuinte seu direito ao Contraditório e Ampla Defesa, para tanto solicitamos, ainda:

- *Que o Fiscal autuante apresente o levantamento de todas as vendas mensais de mercadorias, segregando, das operações com tributação normal, as receitas relativas às operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária ou com fase de tributação encerrada, inclusive as operações subsequentes relativas aos ICMS já recolhidos pela Antecipação Parcial;*
- *Posteriormente, que o preposto fiscal refaça o levantamento fiscal, relativo às duas infrações, aplicando a proporcionalidade às mercadorias tributadas, para efeito de apuração do ICMS devido;*
- *Que nos trabalhos apresentados pelo Sr Fiscal a classificação seja feita pelos CFOP's, distinguindo as notas fiscais por sua classificação fiscal;*
- *E, por derradeiro, que apresente o demonstrativo de débito, caso haja algum valor a reclamar, deduzindo os valores já efetivamente recolhidos.*

Alega, também, inconsistência na infração 2, pois se na primeira (suposta) infração provar ser completamente indevida, ao revés, caso seus cálculos corretos fossem, teríamos um indébito de R\$40.025,29 (Quarenta Mil, Vinte e Cinco Reais e Vinte e Nove Centavos). Então como regra basilar do Direito, se não existe o principal, inexistente o acessório! Com isso, a infração dois se justificaria, apenas, com a procedência da primeira o que inoce. O fato reside em que não existe diferenças a serem apuradas nos exercícios fiscalizados.

Como já solicitado anteriormente, o ínclito Agente Fiscal deveria expurgar da Base de Cálculo todas as notas fiscais que são objeto de revenda de mercadorias tributáveis ou que já teriam encerrado sua cumulatividade. Assim, a acusação fiscal é de omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por Instituição Financeira e Administradora de Cartões - Sem dolo.

Destaca que em que pese a suposta legalidade do ato administrativo que ensejou a reclamação do crédito (totalmente indevido), sua improcedência é coisa que se impõe, pois lhe falta o principal, sua comprovação! Para tanto, o Agente Fiscal deveria, como deve, juntar documentos que sustentem sua cobrança, porquanto indevida, uma vez que apresenta relatório do "sistema AUDIG", sem nenhuma condição de inteligibilidade logo, todo seu trabalho de fiscalização restou prejudicado.

Cita matéria do próprio Tribunal de Justiça da Bahia já se manifestou:

**Dados Gerais**

**Processo:** APL 1423762006 BA 14237-6/2006  
**Relator(a):** VERA LUCIA FREIRE DE CARVALHO  
**Julgamento:** 06/05/2008  
**Órgão Julgador:** QUINTA CÂMARA CÍVEL

**Ementa:** TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUPosta OMISSAO DE SÁIDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PERÍCIA. RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DE PARTE DO MONTANTE COBRADO PELO FISCO. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. IRRESIGNAÇÃO. NAO COMPROVAÇÃO DO ADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO.

1. INCONFORMOU-SE A APELANTE COM A SENTENÇA QUE, COM FUNDAMENTO NA PROVA PERICIAL DEVIDAMENTE PRODUZIDA, JULGOU PROCEDENTE EM PARTE OS EMBARGOS À EXECUÇÃO, RECONHECENDO A INEXIGIBILIDADE DO MONTANTE COBRADO PELO FISCO EM RAZAO DE SUPosta OMISSAO DE SÁIDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E CONDENADO A EMBARGANTE, TAO-SOMENTE AO PAGAMENTO DO TRIBUTO RELATIVO À OMISSAO DA SÁIDA DE UM ARTIGO.
2. NO ESTUDO TÉCNICO REALIZADO NAO SE CONSTATOU A OMISSAO DE SÁIDA DAS MERCADORIAS CONSIGNADAS NO AUTO DE INFRAÇÃO QUE FORAM APURADAS ATRAVES DE MEIO

Esclarece que não pode simplesmente um preposto fiscal utilizando de suas prerrogativas constitucionais lavrar um auto de infração contra um contribuinte sem os rigores necessários de um procedimento de auditoria, imputando um débito sabidamente inexistente, utilizando de uma ferramenta de trabalho ineficaz e não provar o alegado! Cita nova jurisprudência do Tribunal do Rio Grande do Sul também acompanha o mesmo entendimento (EXECUÇÃO FISCAL Processo: EI 70016177891 RS - Relator(a): Maria Isabel de Azevedo Souza - Julgamento: 25/08/2006 - Órgão Julgador: Décimo Primeiro Grupo Cível Publicação: Diário da Justiça do dia 08/03/2007 - Embargos Infringentes Nº 70016177891, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 25/08/2006; AI SF 005.03195/02-2 TATE 00.017/04-3. RELATORA JULGADORA: SONIA MARIA CORREIA BEZERRA DE MATO. ACÓRDAO 4º TJ Nº 0005/2004; RESOLUÇÃO Nº CÂMARA DE JULGAMENTO 1928 • SESSÃO ORDINÁRIA EM: 15110/09 PROCESSO Nº 1/1858/2007 AUTO DE INFRAÇÃO N° 1/200702933-4 RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE Ia INSTÂNCIA RECORRIDA: EDENIA M. C. KARAM - EPP AUTUANTE: José Junior Perreira MATRÍCULA: 10609712 RELATORA: Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias).

Assinala ser inconcebível seria a manutenção do auto de infração ora impugnado, sem a completude do direito a ampla defesa e contraditório, caso o pedido de diligencia não seja acatado, coisa que não acreditamos, pois a douta Procuradoria do Estado na condição de defensora do bom direito, jamais coadunaria com a ilegalidade do procedimento da fiscalização e, principalmente, da lavratura do auto de infração em epígrafe, sem a apresentação das provas inteligíveis e necessárias para a legalidade do ato administrativo.

Ademais, explica que a Lei Complementar nº 123/2006 e alterações posteriores especialmente no seu artigo 38 – A que dispõe sobre a necessidade da abertura de prazo nos casos de divergências encontradas pelas informações prestadas pelo contribuinte, vejamos:

*Art. 38-A. O sujeito passivo que deixar de prestar as informações no sistema eletrônico de cálculo de que trata o § 15 do art. 18, no prazo previsto no § 15-A do mesmo artigo, ou que as prestar com incorreções ou omissões, será intimado a fazê-lo, no caso de não apresentação, ou a prestar esclarecimentos, nos demais casos, no prazo estipulado pela autoridade fiscal, na forma definida pelo CGSN, e sujeitar-se-á às seguintes multas, para cada mês de referência: (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

*I - de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, a partir do primeiro dia do quarto mês do ano subsequente à ocorrência dos fatos geradores, incidentes sobre o montante dos impostos e contribuições decorrentes das informações prestadas no sistema eletrônico de cálculo de que trata o § 15 do art. 18, ainda que integralmente pago, no caso de ausência de prestação de informações ou sua efetuação após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 2º deste artigo; e (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

*II - de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

*§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso I do caput, será considerado como termo inicial o primeiro dia do quarto mês do ano subsequente à ocorrência dos fatos geradores e como termo final a data da efetiva prestação ou, no caso de não prestação, da lavratura do auto de infração. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

*§ 2º A multa mínima a ser aplicada será de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para cada mês de referência. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

*§ 3º Aplica-se ao disposto neste artigo o disposto nos §§ 2º, 4º e 5º do art. 38. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

*§ 4º O CGSN poderá estabelecer data posterior à prevista no inciso I do caput e no § 1º. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

Por fim, requer deste ilustre Colegiado:

*– O recebimento e processamento do presente Recurso Administrativo, por ser tempestivo;*

- Que seja reconhecida a NULIDADE suscita pela falta de documentos que comprovem a exação, bem como a falta da clareza e certeza inerentes e imprescindíveis a lavratura do Auto de Infração, pela primazia dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório;
- Que, na remota possibilidade deste Processo Administrativo Fiscal ultrapassar as preliminares suscitadas, que seja reconhecido o direito do contribuinte a constatação de eventuais débitos por fiscal estranho ao feito;
- Que seja oficiado a dnota PGE para manifestar-se sobre as ilegalidades cometidas durante o Processo Administrativo Fiscal, em especial a falta de documentos; relatórios imprecisos e ininteligíveis; sobre o pedido de diligencia para realização de outro processo de fiscalização sem a utilização do sistema AUDIG, ou que, em fazendo através deste, que sejam preparados planilhas ou demonstrativos que definam a formação precisa da base de calculo do imposto a ser eventualmente cobrado, separando as notas fiscais de entradas (DANFE'S) por CFOP;
- Que seja ao final julgado IMPROCEDENTE e consequentemente arquivado.

Na informação fiscal, fls. 112/116, o autuante informa que o ilustre defensor faz grande confusão no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF. Informo aos Membros do Conselho de Fazenda que foi lavrado em 26/06/2015, o Auto de Infração nº 152240.0020/15-5, em discussão, para cobrança do imposto relativo ao Simples Nacional.

Explica que na mesma data foram lavradas as Notificações Fiscais:

1. Notificação Fiscal Nº 9152240016/15-5, Infração - Efetuou recolhimento a menor do ICMS Antecipação Parcial. (folhas 107)
2. Notificação Fiscal Nº 9152240017/15-1, Infração - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial. (folhas 108)
3. Notificação Fiscal Nº 9152240018/15-8, Infração - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por Antecipação ou Substituição Tributária. (folhas 109)

Disse, ainda, que tais Notificações Fiscais se encontram com situação cadastral REVEL/INADIMPLIDO.

Pontua que o valor mínimo para lançamento de crédito tributário passou para R\$ 460,00, conforme nova redação dada ao Art. 107 - C da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Consoante Decreto nº 15.807 de 30/12/14, a partir de 01/02/2015 o valor mínimo para lavratura de Auto de Infração passou de R\$ 10.000,00 para R\$ 39.720,00. Ou seja, entre R\$ 460,00 e R\$ 39.719,99 o crédito tributário será laçado através de Notificação Fiscal, lembrando que o Art. 49 do RPAF - Regulamento do Processo Administrativo Fiscal veda a lavratura de uma mesma Notificação Fiscal relativa a infrações diversas.

Quanto à alegação do contribuinte de que não teve ciência do procedimento de fiscalização, esclarece que na data 02/04/2015 foi feita a 1ª intimação para apresentação de Livros e Documentos, Conforme folhas 09, assinada por D. Noelia Brandão Leite, proprietária. Na data 14/04/2015 encaminhamos a 2ª intimação, também foi cientificado conforme folhas 10 e 11. E na 3ª intimação a empresa foi novamente cientificada conforme folhas 12, através da Senhora Érica Brandão Miranda, funcionária do setor pessoal.

Sobre a alegação de não ter sido entregue os demonstrativos e anexos do Auto de Infração, volta a esclarecer que foram entregues a Senhora Noelia Brandão Leite, proprietária, conforme folhas 08. Conforme folhas 33 e 34, foi entregue CD com o arquivo TEF - Transferência Eletrônica de Fundos das vendas em cartão de débito/crédito, realizada pela empresa e da NF-e Notas fiscais Eletrônicas de compras, também assinando pela proprietária.

Também informou que o contribuinte tomou conhecimento conforme folhas 1 a 5 do Auto de Infração / Termo de Encerramento (modelo 3) e Demonstrativo de débito, assinando por Noelia Brandão Leite, proprietária.

Destaca que o contribuinte encontra-se equivocado na apuração do imposto e apresenta uma tabela que se encontra totalmente errada.

Afirma que buscou Extrato do Simples Nacional referente ao período de apuração:

- Período: 05/2013, folhas 40, no item 07, informações sobre DAS gerado na apuração, podemos verificar que o imposto pago pelo contribuinte é INSS/CPP R\$1.337,34 mais multa R\$30,89 e juros R\$13,37 total R\$1.381,60 OBS: Não Consta pagamento do ICMS. (folhas 110)
- Período de apuração: 06/2013, folhas 42, no item 07, INSS/CPP R\$3.082,46 mais multa 20,34 total R\$3.102,80 OBS: Não consta pagamento do ICMS. (folhas 110)
- Período de apuração: 07/2013, folhas 44, no item 07, INSS/CPP R\$3.486,03 ICMS R\$2.357,81 COFINS R\$1.090,17 Principal R\$6.934,01 mais multa R\$1.386,80 juros 118,57 Total R\$8.439,38 OBS: ICMS computado e abatido (Relação de DAEs folhas 110).
- Período de apuração: 08/2013, Folhas 46, no item 07, IRPJ R\$419,35 CSLL R\$481,48 COFINS R\$1.475,51 PIS/PASEP R\$357,22 INSS/CPP R\$4.271,25 ICMS R\$3.618,88 Principal R\$10.623,69 multa 1.262,09 juros R\$106,24 Total R\$11.992,02 OBS: ICMS computado e abatido (Relação de DAEs folhas 110).
- Período de apuração: 09/2013, Folhas 48, item 07, IRPJ R\$387,47 CSLL R\$387,47 COFINS R\$1.151,35 PIS/PASEP R\$276,76 INSS/CPP R\$3.310,19 ICMS R\$2.834,11 Principal R\$8.347,35 mais multa 1.184,49 juros 143,57 Total R\$9.675,41 OBS: ICMS computado e abatido (Relação de DAEs folhas 110).
- Período de apuração: 10/2013, Folhas 50, item 07, IRPJ R\$559,24 CSLL R\$559,24 COFINS R\$1.661,74 PIS/PASEP R\$399,45 INSS/CPP R\$4.777,53 ICMS R\$4.090,44 Principal R\$12.047,64 multa R\$1.192,72 juros R\$120,48 Total R\$13.360,84 OBS: ICMS computado e abatido (Relação de DAE folhas 110).

Frisa que conforme base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, programa INC - Informações do Contribuinte, conforme folhas 110 e 111, não existe pagamento nos períodos de apuração: meses de maio, junho, novembro e dezembro do exercício de 2013, assim como, os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2014.

Assim, com relação à segregação da receita proveniente dos produtos da substituição tributária o contribuinte não segregou as receitas informadas conforme folhas 35 a 78, no PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório/Extrato do Simples Nacional, e que por isso para benefício do contribuinte, pelo fato do mesmo não ter segregado as suas receitas, aplicamos a proporcionalidade com base nas compras realizadas.

Reitera pela Procedência total do Auto de Infração, lavrado de acordo com o que preceitua a Lei nº 7.014/96. Portanto, falecem os argumentos de defesa ora alegados e, totalmente refutados, razão pela qual mantenho todo o teor da autuação.

## VOTO

O presente Auto de Infração contempla duas infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Verifico, de forma vestibular, que não cabe acolhimento às arguições defensivas, primeiramente em razão de o autuado ter recebido e aberto o CD com todas as planilhas e anexos do levantamento fiscal realizado e constantes dos autos, inclusive o relatório TEF, conforme consta do CD à fl. 33 e recibo à fl. 34 dos autos. Em segundo lugar por que não cabe arguição de nulidade em razão de o autuado ter recebido notificações relativas a outras infrações. Não há previsão para tanto ou mesmo razoabilidade para acolher tal entendimento, cabendo lembrar que o prazo para defesa foi duplicado, com a nova alteração do RPAF, passando para 60 dias, prazo suficiente para o enfrentamento das imputações constantes do Auto de Infração. Em terceiro lugar, as planilhas geradas pela auditoria são de utilização corriqueira, refletindo omissões através das vendas realizadas com cartão de crédito e não oferecidas a tributação, bem como o acréscimo, dessas receitas omitidas, na base de cálculo, que resultam em valores do imposto devido na apuração do SIMPLES NACIONAL, não restando obscuridade em tal apuração, visto, inclusive, as explicações

oferecidas na informação fiscal com ciência do autuado. Cabendo ao autuado enfrentar as omissões de vendas com cartões. Em quanto lugar, conforme item anterior, não se verifica que o autuante deixou de entregar os documentos que devem acompanhar o auto de infração na forma do art. 28, §§ 3º e 4º do RPAF/BA. Em quinto lugar as infrações foram imputadas com a devida descrição dos fatos, esclarecendo a forma de apuração e os documentos utilizados, acompanhadas a seguir da descrição da infração imputada, além das explicações oferecidas na informação fiscal, não cabendo a alegação de cerceamento de defesa por tal procedimento não ter sido adotado. Em sexto lugar, não cabe alegação de não ter tido ciência do procedimento de fiscalização, pois na data 02/04/2015 foi feita a 1ª intimação para apresentação de Livros e Documentos, Conforme folhas 09, assinada por D. Noelia Brandão Leite, proprietária. Na data 14/04/2015 encaminhamos a 2ª intimação, também foi cientificado conforme folhas 10 e 11. E na 3ª intimação a empresa foi novamente cientificada conforme folha 12, através da Senhora Érica Brandão Miranda, funcionária do setor pessoal. Em sétimo lugar, não ficou demonstrado que as ementas das decisões desse CONSEF, trazidas na peça defensiva, se aplicam ao presente Auto de Infração, no que tange às nulidades arguidas, na medida em que foram todas afastadas, conforme acima alinhado.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, inclusive no que tange à PGE, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Não foram confirmados os erros crassos no lançamento, genericamente alegados. O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não houve óbice à manifestação da defesa e os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Quanto à infração 1, em decorrência da infração 2, a apuração de receitas omitidas, através de cartões de crédito e de débito, resta evidenciado que o sujeito passivo recolheu a menos ICMS contido no SIMPLES NACIONAL, a partir da constatação de que o autuado ofereceu à tributação valores menores que os informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, o que resultou em erro na aplicação da alíquota na apuração do imposto pelo regime do SIMPLES NACIONAL.

Cabe observar que o sujeito passivo optou pelo enquadramento no SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar nº 123/06. Tal opção resulta em um regime especial de apuração do imposto prevista no art. 18 e §§, que usa como parâmetro a “receita bruta” para determinar a base de cálculo e alíquotas necessárias para apuração do ICMS devido, havendo modificação na receita bruta, conforme ocorreu no presente caso em função das omissões de vendas através de cartões de créditos haverá mudança na alíquota aplicada, conforme procedeu o autuante em seu levantamento.

Assim, não cabem as arguições de erro e confusão no levantamento, restaria ao sujeito passivo demonstrar, o que não foi feito, que não omitiu a receitas obtidas através das vendas realizadas com cartões de crédito/débito.

Acompanho o autuante em relação à parte da informação fiscal que segue transcrita:

*“...o contribuinte encontra-se equivocado na apuração do imposto e apresenta uma tabela que se encontra totalmente errada.*

*Afirma que buscou Extrato do Simples Nacional referente ao período de apuração:*

*– Período: 05/2013, folhas 40, no item 07, informações sobre DAS gerado na apuração, podemos verificar que o imposto pago pelo contribuinte é INSS/CPP R\$1.337,34 mais multa R\$30,89 e juros R\$13,37 total R\$1.381,60 OBS: Não Consta pagamento do ICMS. (folhas 110)*

*– Período de apuração: 06/2013, folhas 42, no item 07, INSS/CPP R\$3.082,46 mais multa 20,34 total R\$3.102,80 OBS: Não consta pagamento do ICMS. (folhas 110)*

*– Período de apuração: 07/2013, folhas 44, no item 07, INSS/CPP R\$3.486,03 ICMS R\$2.357,81 COFINS R\$1.090,17 Principal R\$6.934,01 mais multa R\$1.386,80 juros 118,57 Total R\$8.439,38 OBS: ICMS*

computado e abatido (Relação de DAEs folhas 110).

- Período de apuração: 08/2013, Folhas 46, no item 07, IRPJ R\$419,35 CSLL R\$481,48 COFINS R\$1.475,51 PIS/PASEP R\$357,22 INSS/CPP R\$4.271,25 ICMS R\$3.618,88 Principal R\$10.623,69 multa 1.262,09 juros R\$106,24 Total R\$11.992,02 OBS: ICMS computado e abatido (Relação de DAEs folhas 110).
- Período de apuração: 09/2013, Folhas 48, item 07, IRPJ R\$387,47 CSLL R\$387,47 COFINS R\$1.151,35 PIS/PASEP R\$276,76 INSS/CPP R\$3.310,19 ICMS R\$2.834,11 Principal R\$8.347,35 mais multa 1.184,49 juros 143,57 Total R\$9.675,41 OBS: ICMS computado e abatido (Relação de DAEs folhas 110).
- Período de apuração: 10/2013, Folhas 50, item 07, IRPJ R\$559,24 CSLL R\$559,24 COFINS R\$1.661,74 PIS/PASEP R\$399,45 INSS/CPP R\$4.777,53 ICMS R\$4.090,44 Principal R\$12.047,64 multa R\$1.192,72 juros R\$120,48 Total R\$13.360,84 OBS: ICMS computado e abatido (Relação de DAE folhas 110).

Conforme base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, programa INC - Informações do Contribuinte, conforme folhas 110 e 111, não existe pagamento nos períodos de apuração: meses de maio, junho, novembro e dezembro do exercício de 2013, assim como, os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2014.

Assim, com relação à segregação da receita proveniente dos produtos da substituição tributária o contribuinte não segregou as receitas informadas conforme folhas 35 a 78, no PGDAS - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório / Extrato do Simples Nacional, e que por isso para benefício do contribuinte, pelo fato do mesmo não ter segregado as suas receitas, aplicamos a proporcionalidade com base nas compras realizadas.

Reitera pela Procedência total do Auto de Infração, lavrado de acordo com o que preceitua a Lei nº 7.014/96. Portanto, falecem os argumentos de defesa ora alegados e, totalmente refutados, razão pela qual mantenho todo o teor da autuação.”

Destarte, acompanho e incorporo ao presente voto, as explicações e arguições alinhadas pelo autuante, que esclarecem os procedimentos adotados, bem como demonstra a falta de recolhimento do ICMS nos meses que aponta, indicando às folhas em que se encontram anexados os documentos que amparam os dados e conclusões extraídas pelo autuante, evidenciando a improcedência dos argumentos defensivos.

O sujeito passivo, às fls. 118 e 119 dos autos, foi cientificado da informação fiscal, acima reproduzida, sem mais se manifestar.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 152240.0020/15-5, lavrado contra **N BRANDÃO LEITE - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.766,97**, acrescido da multa 75%, prevista nos arts. 35, da LC nº 123/06 c/c 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/04, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR