

A. I. Nº - 021041.5008/14-0
AUTUADO - CASA DO HAMBURG E FRIOS LTDA ME
AUTUANTE - ELIETE NOVAIS ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ ATACADO – DAT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/02/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-03/16

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOR. As novas alíquotas decorrem do reenquadramento do estabelecimento autuado, por forças da contabilização das receitas omitidas da declaração DASN. A caracterização da infração é, em parte, consequência da infração 02, cuja ocorrência restou provada. Infração caracterizada; 2. OMISSÃO DE SAÍDAS. MERCADORIAS TRIBUTADAS. LEVANTAMENTO COM BASE EM VALORES FORNECIDOS POR ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. A autuante demonstrou, detalhadamente, todos os valores utilizados para apuração da base de cálculo do imposto, inclusive os relatórios TEF's. Defesa faz alegações genéricas e sem lastro nas provas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/06/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$124.198,37, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: 17.02.01 - Efetuiu 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$121.314,03. Multa proposta de 75%;

Infração 02: 17.03.16 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição Financeira e Administradora de Cartões – Sem dolo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012. Valor do ICMS: R\$2.884,34. Multa proposta de 75%.

A autuada apresenta impugnação às folhas 106 a 414, mediante a qual contesta o presente lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Preliminarmente, suscita seis questões, conforme detalhamento abaixo.

Como primeira preliminar, alega que, independentemente das razões de mérito a seguir expostas, o lançamento é nulo face a discrepância entre o histórico da autuação e o dos seus anexos e ainda entre estes e os artigos do RICMS/97 dados como infringidos. Explica que, nas peças anexas à autuação, o fisco refere-se a uma suposta apuração do ICMS a recolher, através de arbitramento de base de cálculo pela falta de apresentação à fiscalização dos documentos fiscais / contábeis pela Autuada, ou seja, a autuação foi embasada em meros indícios, como a seguir será justificado, visto que o Auditor não procedeu qualquer exame da escrita contábil ou fiscal, do período em tela, da Autuada, segundo alega.

Como segunda preliminar, alega que houve equívoco no enquadramento dos fatos narrados no auto de infração. Transcreve o inciso I do art. 21 da Lei Complementar 123/06, em apoio ao seu ponto de vista. Explica que o procedimento adotado pela Autuante, além de não configurar o art. 21, I da Lei Complementar 123/06, não configura, tampouco, infração passível de autuação por parte da Fiscal. Argumenta que a Autuante, ao concretizar a cobrança do crédito tributário fruto de lançamento irregular e arbitrário, está inegavelmente a ameaçar o patrimônio da Defendente que poderá ser compelida a pagar o que não deve. Em suma, diante do exposto, conclui que o lançamento em questão não merece prosperar, devendo ser anulado, desconstituindo-se o crédito tributário dele decorrente, visto que completamente desconexa com a descrição da infração.

Como terceira preliminar, alega que não foi feita a apresentação das informações em disco de armazenamento de dados. Explica que o Agente Fiscal não atendeu o disposto no art. 8º § 3º do RPAF/1999, cujo texto reproduz em apoio ao entendimento de que as peças processuais deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada em substituição ao disco de armazenamento.

Argumenta que, apesar da disposição normativa em referência se encontrar inserida no capítulo referente às intervenções do sujeito passivo no PAF, seu alcance é mais amplo, visto que disciplina os atos de defesa, informação fiscal, diligências, perícias, planilhas, demonstrativos e pareceres técnicos e jurídicos.

Destaca, ainda, que o próprio RPAF, em seu art. 2º (cujo texto transcreve), elenca o rol de princípios expressos, que regem o processo fiscal, dentre os quais destacam-se a garantia da ampla defesa, a celeridade e a economia processuais, estes dois últimos, colocados no contexto da rápida solução do litígio pelo meio menos oneroso. Defende que, à luz do princípio da ampla defesa, no qual se insere o princípio do contraditório, deve-se garantir ao contribuinte acusado, a paridade, ou seja, se o fisco lavra o Auto de Infração e confecciona os demonstrativos e planilhas que lhe dão suporte, com a utilização de meios eletrônicos - via processamentos de dados -, esses elementos devem ser disponibilizados para que o acusado possa formular a impugnação ou recurso.

Destaca, ainda, que no processo administrativo fiscal da Bahia o prazo de impugnação é de 30 (trinta) dias, contados a partir da intimação do sujeito passivo ou responsável tributário. Frente a tal regramento, entende ser razoável a interpretação que assegura ao acusado a entrega dos arquivos eletrônicos que serviram de base para fundamentar o lançamento, visto que a partir deles poderá identificar eventuais erros, para efeito de melhor fundamentar a impugnação, ou mesmo reconhecer, de forma mais célere, a procedência das imputações fiscais. Ademais, reforça-se, nessa norma relativa ao direito de defesa, o entendimento de que, ao contribuinte, seja assegurada a entrega dos arquivos eletrônicos gerados pela autoridade fiscal Autuante, com as informações que lastreiam a acusação, visto que, regra geral, as auditorias fiscais contemplam vários roteiros, geram uma gama muito grande de informações e relatórios.

Argumenta que, no presente caso, feriu-se o interesse da administração pública, mais propriamente o interesse público, visto que, se o lançamento se encontra revestido de peças, todas elas ou na sua grande maioria, geradas a partir do uso de dados processados eletronicamente, a exemplo de demonstrativos, relatórios e planilhas, apresenta-se, nessa circunstância, a necessidade de que os mesmos venham aos autos, através das mídias próprias, disponibilizados na rede de informações do órgão fazendário para que os atos de instrução do processo, em especial aqueles de competência do órgão julgador, sejam mais céleres e passíveis de menor margem de erro na avaliação da verdade material subjacente aos fatos, ou seja, o processo será instruído com mais celeridade se as provas e argumentos das partes puderem ser avaliados de forma mais conveniente e rápida e com menor custo para a Administração Pública. Defende que o uso do ferramental da tecnologia da informação, em todas as fases do processo,

em especial, na sua formação e julgamento, é a garantia da rápida e menos custosa solução das lides administrativas.

Como quarta preliminar, argui que houve falta de clareza no lançamento. Após transcrever o texto do art. 5º, inciso Lv da CF/88, argumenta que, em razão da importância desse princípio no processo administrativo e, principalmente, dos desdobramentos práticos que decorrem de sua aplicação, impõe-se que se analise com maior profundidade tal garantia, pois, explica, no processo administrativo o contraditório se traduz na faculdade do Autuado (sujeito passivo) manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos ao processo pela Autuante (sujeito ativo). É o sistema pelo qual a parte tem garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra esses. É, também, 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.

Insiste na idéia de que 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. Defende que, no presente caso, o Auto de Infração é nulo desde seu início por não atender o disposto no art. 39, inciso III, do Decreto Estadual 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. Transcreve os artigos 39 e 41 do RPAF, em apoio ao seu ponto de vista.

Afirma que a ausência da descrição do fato de forma clara e precisa impossibilita a ampla defesa por parte da empresa Autuada, pois a descrição da infração tal como apresentada, e os documentos juntados ao Auto de Infração, são insuficientes para se estabelecer ao certo a infração. Argumenta 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.

Colaciona a doutrina de Souto Maior Borges e de Carlos Mário Velloso em apoio ao seu ponto de vista.

Como quinta preliminar, alega nulidade do auto de infração por ausência do termo de início de fiscalização, pois garante que não encontrou o aludido Termo no procedimento fiscal que originou a lavratura do Auto de Infração objeto desta impugnação. Afirma que a lavratura do Termo citado é formalidade essencial e obrigatória, posto que prevista como norma cogente de ordem pública, em texto de Lei Complementar, dirigida aos agentes da Fiscalização, no artigo 196 e seu parágrafo único do CTN, cujo texto transcreve.

Afirma, ainda, que a autuante descumpriu, também, o art. 26, inciso II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) do decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, cujo texto também transcreve, além dos artigos 28 e 29 para concluir que a omissão da “lavratura do Termo de Início de Fiscalização” vicia de maneira insanável o procedimento fiscal, tornando-se nulo o Auto de Infração.

Como sexta e última preliminar, alega que o auto de infração foi assinado por pessoa estranha do quadro societário, já que a pessoa que assinou a ciência do Auto de Infração é estranha ao interesse social da empresa, conforme se infere no incluso Contrato Social, vindo a ser elemento causador de cerceamento de defesa, que, certamente, é motivo suficiente para invalidar o feito fiscal.

No mérito, quanto à infração 01, afirma que a confusão feita pela Agente Fiscal entre a falta de omissão de receitas e a falta de clareza na descrição da infração cometida viciou o auto de infração de nulidades, não podendo, assim, prosperar a exigência fiscal.

Informa que a empresa, como o nome está a indicar, atua na comercialização de produtos alimentícios tipo hambúrguer e frios feitos no pão e refrigerantes, sendo certo que, tais itens

possuem o ICMS retido na fonte por mecanismo de substituição tributária, e os tributos federais pelo regime Simples.

Após fazer uma síntese dos fatos, alega que a Fiscal ao aplicar o percentual do suposto débito, relativo ao ICMS, utilizou as alíquotas em desacordo com a tabela do anexo I da LC 123/06, aplicável no cálculo do Simples Nacional. Ademais, no Auto de Infração em apreço, conforme dito nesta peça, imputa o enquadramento, de uma suposta infração ao disposto no art. 21, I, da Lei Complementar 123/06. Sucede que, o artigo dito como infringido não se coaduna com a infração supostamente cometida, conforme alega. Transcreve o art. 21, inciso I em apoio ao seu ponto de vista.

Argumenta que o dispositivo legal citado somente institui o documento que será arrecadado o tributo e não o suposto imposto a recolher, alíquotas e multa conforme consta no item Infração 01 do Auto de Infração. Ressalta que os dados levantados na planilha anexada ao presente Auto de Infração, constante no item “Infração 02”, está em descompasso com o art. 18 da Lei Complementar, visto que a autuante, ao aplicar o percentual do suposto débito, relativo ao ICMS, aplicou as alíquotas em desacordo com a tabela do anexo I da aludida lei, aplicável no cálculo do Simples Nacional.

Conclui, assim, que inexistente a obrigação tributária devida. Ausente o principal, incabem os reflexos (multa) frente ao princípio de que o acessório segue a sorte do principal, comprometendo assim a validade do Auto de Infração objeto da defesa. Alega que a Autuante lançou valores aleatórios e que não correspondem ao volume das suas operações mercantis, até porque se encontra enquadrada no SIMPLES pela legislação em vigor.

Quanto à infração 02, transcreve a legislação citada no corpo do auto de infração, para, a seguir, perguntar onde está a origem da descrição feita: “deixando de emitir o cupom fiscal nas vendas de mercadorias realizadas com pagamento em cartão de crédito/débito?”

Afirma que o confronto deveria ser efetuado, mensalmente, entre as informações prestadas pelas administradoras, com os totais declarados (redução Z + e/ou notas fiscais de vendas a consumidor), que ora requer e impõe seja feita a diligência para a apuração, mensalmente. Assim, aponta a inconsistência da análise realizada pela Autuante, que adotou procedimento divergente da orientação acima citada, razão pela qual entende que deverá ser anulado o feito acusatório, dando a oportunidade para a realização de um novo feito fiscal dentro das orientações que atenda aos ditames regulamentares, pois exigir que o ICMS da Autuada seja calculado com valores superiores ao da mensuração da operação, representa uma verdadeira majoração da carga tributária, sem existência de uma lei para tal finalidade. Alega que tal conduta também é proibida pelo art. 97 do Código Tributário Nacional, cujo texto reproduz.

Reafirma que está sob o pálio da cobrança do ICMS pelo regime de substituição tributária. Diante do exposto, conclui não restar a menor dúvida de que o Auto de Infração teve como único objetivo a majoração da carga tributária da empresa Autuada, exigindo imposto em valores superiores, assim como, de operação praticada pelo contribuinte substituído, ressaltando que os dados levantados na planilha anexada ao presente Auto de Infração, constante no documento intitulado “ANÁLISE ICMS DO SIMPLES NACIONAL A RECLAMAR”, está em descompasso com o art. 18 da Lei Complementar, visto que o Sr. Fiscal ao aplicar o percentual do suposto débito, relativo ao ICMS, aplicou as alíquotas em desacordo com a tabela do anexo I da aludida lei, aplicável no cálculo do Simples Nacional, conforme fartamente demonstrado nesta peça.

Afirma que em boa parte dos casos de notificação por arbitramento de omissão de receita, são abusos da autoridade fiscalizadora, ao extrapolar os critérios previstos na legislação para proceder ao lançamento, como é o caso em tela. Reitera que a fiscalização não demonstrou cabalmente, na suposta infração, a existência das hipóteses acima numeradas, pois nada foi anexado nesse particular, não se demonstrou a alteração em nenhum documento, apenas alegou-

se, sem nada provar, ou seja, meras alegações e afirmações sem provas, são consideradas pelo ordenamento jurídico como inexistentes.

Conclui, portanto, que o levantamento patrocinado pelo Auto de Infração em epígrafe foi feito em total afronta aos artigos 113, 114, 141 e 148, todos do Código Tributário Nacional.

Ressalta, ainda, que, independentemente do regime de tributação adotado pela empresa Autuada, as mercadorias foram sempre cadastradas corretamente no ECF de acordo com a sua situação tributária e com as alíquotas ou carga tributária do ICMS efetivamente aplicada nas operações que realiza. 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. Transcreve o texto do art. 207, Parágrafo Único do RICMS/BA, em apoio à sua tese.

Explica que, dentre os vários produtos que comercializa a Autuada, estão pães e refrigerantes, que ficam dispensados do oferecimento da tributação do ICMS em razão do mecanismo de retenção e repasse do imposto pelo instituto da substituição tributária. Explica que, por este mecanismo, o fabricante de pães/refrigerantes, ao vender estes produtos aos comerciantes, cobra antecipadamente na fonte – destes comerciantes – o imposto que seria devido nas futuras operações, e repassa estas mesmas importâncias ao Fisco Estadual, independentemente da ocorrência do fato gerador, presumindo a provável base de cálculo do comerciante. Afirma que há enriquecimento ilícito do Fisco Estadual ao querer receber duas vezes o mesmo ICMS – pelo mecanismo fonte e por ocasião da venda.

Alega que se encontra na condição de substituída tributária, na comercialização de itens sujeitos ao referido regime, as respectivas receitas são destacadas no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples - PGDAS, de modo que estas sejam desconsideradas no cálculo do ICMS, pois, neste caso não haverá valor a recolher referente ao ICMS próprio, pois o imposto foi calculado e recolhido integralmente pela indústria. Informa, como exemplo que, dentre outros itens, adquire refrigerante da indústria para revenda. O ICMS que seria devido já foi integralmente calculado e recolhido pela indústria, na condição de substituta tributária. Desta forma, já informou as receitas no PGDAS destacou a revenda de mercadorias com substituição tributária, assim o aplicativo não gerou o ICMS sobre essa parcela do faturamento.

Após dar exemplo de algumas operações, afirma que a Autuante nem se deu ao trabalho de confeccionar o Relatório das Notas adquiridas pelo regime de substituição tributária, que ora requer prazo para juntar, o qual assegura que contém diversas notas fiscais de aquisição dos produtos comercializados pela Autuada, pelo regime de substituição tributária, fatos que não podem ser presumidos pelo Fisco para exigir ICMS. Entende que há que se provar a existência material do fato gerador, a existência de uma circulação jurídica de mercadorias, o que não foi feito no presente caso.

Conclui que, sendo certo que o regime de substituição tributária encerra o ciclo de tributação, ilógico seria tributar normalmente as operações subsequentes.

Alega que se está exigindo tributo já pago, pois o imposto já foi pago pela indústria. Se prevalecer a exigência do crédito estará a empresa Autuada pagando duas vezes a mesma obrigação tributária, o que é um equívoco, visto que: ou paga o tributo por substituição ou pelo regime normal. Cumular as duas formas de recolhimento para um mesmo fato gerador configura locupletamento indevido por parte do Fisco.

Defende que a Fiscal deveria obrigatoriamente verificar a existência real do fato gerador do ICMS praticado pela empresa ora Autuada, pois se a primeira finalidade do Agente Fiscal seria a verificação oficial da ocorrência do fato gerador pelo contribuinte substituído, a segunda seria conferir se o montante do imposto pago pelo sistema usual pela Autuada, corresponde ao devido nas operações por ela praticadas. Cita dispositivos do CTN em apoio à sua tese.

Defende que o Agente Fiscal deve obrigatoriamente constatar junto ao contribuinte a ocorrência do fato gerador do imposto e se este já foi ou não efetivamente pago. Somente após, deve-se calcular o montante devido.

Arremata, afirmando que o levantamento elaborado pela Autuante é absolutamente impróprio para demonstrar a irregularidade imputada, contendo falhas técnicas, valores hipotéticos, cálculos aleatórios, considerando os livros fiscais e a escrita da empresa/Autuada.

Promove alguns esclarecimentos, apenas reiterando os pontos já suscitados em sua peça defensiva.

Argúi, ainda, que a correção monetária só pode ser exigida (quando existir dívida líquida, certa e exigível, já vencida e não paga) até o limite dos níveis ou índices federais. No presente caso, alega inexistir qualquer dívida da Autuada para com o erário da Bahia, principalmente de ICMS, sendo, o índice aplicado no Auto de Infração, inconstitucional, porque está em descompasso com a CF/88, art. 24, § 1º; c/c art. 22, VI e VII. Afirma, também, inexistir multa visto que o acessório segue o principal.

Diante do exposto pede a improcedência do auto de infração.

A autuante presta informação fiscal às folhas 416 a 631, contra arrazoando o que segue.

Informa, inicialmente, que o estabelecimento autuado encontra-se classificado na condição de empresa de pequeno porte, optante do Simples Nacional, desde 18/11/2011, conforme dados cadastrais em anexo (folhas 11 e 12).

Quanto à primeira preliminar (discrepância entre o histórico da autuação e anexos resultantes do levantamento fiscal afirmando que a apuração do ICMS a recolher foi feita através de arbitramento de base de cálculo pela falta de apresentação dos documentos fiscais/ contábeis), que informa que todo o procedimento de cálculo foi descrito na folha 02 do Auto de Infração com indicação dos demonstrativos e no Termo de Encerramento às folhas 20 e 21, como descrição complementar, para que a Autuada tivesse pleno entendimento das infrações que lhe foram imputadas. De modo que, a descrição dos fatos seguiu orientação prevista no art. 39, inciso III do RPAF/99. Argumenta que o questionamento acerca do arbitramento da base de cálculo para apuração do imposto não procede porque foram utilizados os documentos fiscais apresentados pelo contribuinte.

Quanto à segunda preliminar (enquadramento da Infração 01), explica que a regra prevista no art. 21, inciso I da LC 123/06 determina que o contribuinte deverá apurar o ICMS Simples Nacional na forma prevista nos art. 18 a 20 da LC 123/06 e fazer o recolhimento através de documento único de arrecadação (DAS). Informa que o procedimento fiscal teve como objetivo verificar se o valor recolhido mensalmente no documento especificado no inciso I, do art. 21, da LC 123/06, foi calculado obedecendo às regras previstas nos art. 18 a 20 da mesma Lei, de maneira que, após apurar o ICMS devido confrontou-se com o valor do ICMS recolhido e constataram-se diferenças de ICMS Simples Nacional ainda a recolher.

Logo, conclui que o enquadramento no art. 21, inciso I, da LC 123/06 não se desviou da infração imputada à Autuada, nem do procedimento fiscal que apurou o débito. Por outro aspecto, afirma que o fato verificado no levantamento fiscal está fielmente descrito na Infração 01.

Quanto à terceira preliminar (falta de apresentação dos demonstrativos resultantes do levantamento fiscal em disco de armazenamento de dados), informa que os demonstrativos, planilhas e relatório das Transferências Eletrônicas de Fundo foram entregues em mídia, devidamente autenticado, em duas vias, sendo uma cópia entregue ao representante do contribuinte, o contador Sr. Abelício Souza e a outra se encontra anexo às folhas 68 e 69. Também foi entregue ao preposto do contribuinte, em papel, termo de devolução de documentos e cópia do Auto de Infração (folha 10).

Quanto à quarta preliminar (ausência de clareza do auto de infração), alega que a descrição dos fatos acompanhada dos anexos resultantes do levantamento fiscal executado pelo programa

AUDIG, atribui clareza e precisão ao Auto de Infração, vez que, cada demonstrativo apresentado contém informações seqüenciadas, e em consonância com a apuração fiscal.

Quanto à quinta preliminar (Ausência do Termo de Início de Fiscalização), alega que o início da fiscalização está consubstanciado em três documentos, segundo previsão dos artigos 26 e 28 do RPAF: 1. Termo de Início de Fiscalização (folha 07); 2. Intimação para apresentação de livros de documentos (folha 08); 3. Termo de Arrecadação de Livros e Documentos (folha 09). Explica que o procedimento acima descrito é baseado no art. 26 e no art. 28 do RPAF/99, cujo texto reproduz em apoio ao seu ponto de vista.

Quanto à sexta preliminar (Assinatura do auto de infração por pessoa estranha ao quadro societário), informa que o auto de infração foi assinado pelo Sr. Abelício Souza, CPF nº 122.970.895-20, contador, registrado no Conselho Regional de Contabilidade, nº BA-010676/0-3 (fls. 101 e 102), cadastrado no banco de dados da Sefaz (folha 12). Argumenta que a assinatura do auto de infração seguiu previsão legal, estabelecida no art. 3º, inciso II do RPAF/Ba (cujo texto reproduz) conforme procuração pública registrada em cartório, do 10º Tabelionato de Notas, número de ordem 063169, livro nº 0424, folha nº 003, anexada à folhas 99 e 100.

Quanto ao mérito, explica que o levantamento da receita auferida pelo contribuinte foi realizado em duas etapas. Primeiramente foi feito um levantamento das vendas com emissão de documento fiscal; Depois, foi feito um levantamento das vendas sem emissão de documento fiscal.

Quanto à primeira etapa, informa que o contribuinte apresentou os seguintes documentos: MFD (memória da fita detalhe) e NF-e (notas fiscais eletrônicas). Ainda segundo a autuante, o primeiro levantamento fiscal que gerou o presente Auto de Infração não considerou as notas fiscais D-1 pelo fato de o contribuinte não tê-las apresentado. Informa, ainda, que, após a apresentação da defesa, intimou novamente o contribuinte para entrega das notas fiscais D-1, conforme folha 149. A intimação foi atendida em 21/08/2014 com apresentação de 08 talões de notas fiscais série D-1, de nº 101 a 499, conforme Termo de Arrecadação que anexa à folha 150.

Explica que no novo levantamento fiscal foi incluída a receita proveniente das vendas com emissão das notas fiscais D-1, conforme tabela que acosta ao processo.

Informa que os dados da segunda coluna da tabela (receita apurada AI) estão no anexo 2 – CÁLCULO DA RECEITA APURADA – RECEITA PARCIAL IDENTIFICADA PELOS DOCUMENTOS EMITIDOS, na coluna indicada, referente ao auto de infração em discussão. E os dados da terceira coluna (nova receita apurada), após inserção das notas fiscais D-1, no anexo 2, fl. 350.

Informa, ainda, que as planilhas resultantes do levantamento fiscal acima foram anexadas para comprovação do montante apurado fls. 373 a 385 (cupom fiscal), fls. 387 a 399 (NF-e), e fls.401 a 412 (Nota Fiscal série D-1). As cópias das notas fiscais D-1 estão às fls. 151 a 348.

Prossegue, informando que a mídia contendo a leitura da memória da fita detalhe (MFD), transferidos da memória do ECF BE051175610000108868, entregue pelo Contribuinte em formato binário, foi anexada à fl. 70, cujos dados foram convertidos conforme ATO COTEPE/ICMS 17/04 gerando as estruturas de arquivo: Registro tipo E01 – Identificação do ECF; E02– Identificação do atual contribuinte usuário do ECF; E14 – Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem; E15 – Detalhe do Cupom Fiscal, da Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou do Bilhete de Passagem; anexadas à fl. 69. Anexou também a mídia contendo os arquivos das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte (NF-e), fl. 68 e 69.

Através desses esclarecimentos, conclui ficar demonstrado que a apuração do imposto não se deu por arbitramento da base de cálculo por falta de apresentação dos documentos fiscais.

Informa que, analisando as receitas declaradas na DASN verificou que estas estão em valores inferiores às receitas apuradas nos documentos emitidos, indicando que o contribuinte não declarou tudo que vendeu (infração 01), isto é, o contribuinte ao lançar no PGDAS o valor da receita para cálculo do imposto mensal não declarou toda a receita auferida com as vendas das mercadorias. No exercício em análise, informa que apurou que as vendas informadas nos

documentos fiscais já citados totalizaram R\$4.206.821,77 enquanto que na DASN somente foi declarado o valor de R\$ 1.136.669,11. Afirma que a receita declarada pelo contribuinte na DASN representa 27,02% da receita apurada no levantamento fiscal, conforme tabela que acosta ao processo.

Quanto à segunda etapa (Levantamento das vendas sem emissão de documento fiscal - omissão de saída), informa que o levantamento fiscal foi realizado através do confronto entre os documentos emitidos pelo contribuinte (NF-e, NF D-1 e cupom fiscal) e as informações enviadas pelas Administradoras de Cartões de crédito/débito - TEF (Transferência Eletrônica de Fundos), operação por operação, conforme demonstrado no relatório Anexo 1 – Apuração da divergência das Vendas com Cartão de Crédito (TEF), fls. 24. Explica que o novo levantamento está demonstrado na fl. 349 com a inclusão das notas fiscais D-1.

Explica que essa verificação se deu conforme art. 34 da LC 123/06 que prevê a aplicação do método de presunção de omissão de receita estabelecido no art. 4º, § 4º, inciso VI, alínea b e inciso VII da Lei 7014/96, na auditoria de empresas do Simples Nacional. Ao confrontar os dados do TEF X DF (documentos fiscais) a apuração ocorre da forma como explica: “o programa AUDIG correlaciona a venda em cartão ao documento fiscal através de data e valor. A divergência encontrada é a omissão de receita pela falta de emissão do documento fiscal correspondente.

Acosta tabela para exemplificar o confronto entre as informações TEFXDF, retiradas das vendas realizadas pelo contribuinte no dia 20/03/2012. Explica que, na coluna E têm-se os valores informados pelas Administradoras de Cartões, na coluna G estão os pagamentos realizados através de cartão de crédito/ débito equivalentes ao documento fiscal, na coluna H, estão as vendas realizadas em cartão de crédito/ débito sem o documento fiscal equivalente, correspondente à omissão de saída, gerando uma presunção de omissão de operações tributadas sem o pagamento do ICMS Simples Nacional.

Esclarece que, ao alcançar a receita total de R\$ 4.206.821,77 e compras totais de R\$ 4.086.563,17, a empresa atingiu o indicativo de exclusão do Simples Nacional no mês 11/2012. Vide ANEXO 3 (fls. 29, 30 e 352, 353) e relatório de indicação de exclusão do Simples Nacional (Fls. 32 e 413). Desta forma, explica que apurou a receita bruta total através do somatório da receita constante dos documentos fiscais e da receita da omissão (vendas em cartão sem emissão do documento fiscal).

Quanto à alegação de que a alíquota está em desacordo com o Simples Nacional, informa que, a partir do levantamento da receita real (total) do contribuinte, apurou valores acima daquelas declaradas na DASN, e conseqüentemente aplicou alíquotas maiores que as utilizadas pelo contribuinte. Alega que o Anexo I do Simples Nacional, Lei Complementar nº 123/06 alterado pela Lei Complementar nº 139 de 10/11/2011, com vigência a partir de 01/01/2012 as alíquotas são baseadas na Receita Bruta dos últimos doze meses, variáveis conforme a faixa de receita auferida pela empresa. Portanto, as alíquotas não poderão permanecer com os mesmos percentuais informados pelo contribuinte, através da DASN, uma vez que as receitas mensais, após apuração fiscal foram alteradas para maior. Anexa relatório do programa AUDIG, ANEXO - DADOS GERAIS (fl. 369), no qual estão discriminadas as alíquotas do Simples Nacional e as alíquotas do ICMS Simples Nacional.

Acosta tabela onde é possível visualizar a variação das alíquotas em função das receitas atualizadas.

Quanto ao parâmetro utilizado para segregação da receita com substituição tributária, explica que foi utilizado, para segregação da receita da substituição tributária, o valor encontrado na memória da fita detalhe, ECF que especifica e nas notas fiscais eletrônicas emitidas (conforme anexo geral 1).

Explica que a segregação das vendas dos produtos da substituição tributária foi feita conforme registros encontrados na memória do ECF que especifica e em consonância com o que foi afirmado pela defesa, à fl.19, parágrafo quarto, que transcreve.

Acosta tabela onde é possível visualizar a segregação da substituição tributária baseada nas três modalidades possíveis: compras, receita informada na DASN e receita das vendas do contribuinte. Ressalta que a utilizada no levantamento fiscal foi a informada na receita das vendas do contribuinte.

Explica que, após levantamento da receita bruta e segregação da substituição tributária foi determinada a base de cálculo, que submetida às alíquotas do Anexo I do Simples Nacional, LC nº 123/06 alterado pela LC nº 139/2011, apurou-se o valor do ICMS devido. Este foi confrontado com o valor do ICMS declarado/recolhido, de forma que, durante o período fiscalizado, o contribuinte acumulou diferenças de ICMS A RECOLHER, no montante de: R\$ 124.198,37 (ANEXO 3, fls.29 e 30), conforme explica.

Informa que, após nova apuração, com a inclusão das NF's D-1, o ICMS A RECOLHER, o montante atualizado foi de R\$126.663,95 (ANEXO 3, fls.354 e 354-A).

Acosta tabela onde estão discriminados os valores conforme a base de cálculo e ICMS apurado, demonstrando as diferenças de R\$36,24 (ICMS OMISSÃO DE CARTÃO) e R\$2.429,33 (ICMS RECOLHIDO A MENOR).

Após estas justificativas e explicações enumeradas ponto a ponto, conclui que o procedimento fiscal foi realizado conforme previsão legal.

Arremata a sua peça informativa, afirmando que a ação fiscal é procedente, e está fundamentada na Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006. Explica, ainda que o procedimento fiscal foi determinado pela Lei 7.014/96, art. 4º, § 4º (cujo texto transcreve), que prevê a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis a partir da constatação das vendas em cartão, realizadas pelo contribuinte, em valores inferiores aos informados pelas Administradoras de cartões de crédito/débito.

Quanto ao questionamento da correção monetária, afirma que, apesar de a constituição prever a aplicação do princípio da legalidade somente nos casos de criação ou majoração do tributo, o CTN no artigo 97, deixa claro que o tributo só pode ser criado, majorado, reduzido, extinto, ter sua base de cálculo alíquota alteradas, somente pela lei. Argumenta, contudo, que o princípio da legalidade não é absoluto, sendo mitigado em alguns casos, sobretudo no tocante às alterações de alíquotas e bases de cálculo. Assim, afirma existirem algumas exceções, como é o caso do art. 97, § 2º, CTN (cujo texto transcreve).

Conclui a sua peça informativa, afirmando que os argumentos da Autuada não foram capazes de elidir a ação fiscal e, portanto, é devido o imposto baseado nas infrações 01 e 02.

Diante do exposto, pede que o auto de infração, aqui discutido, seja julgado PROCEDENTE, pois, conforme foi demonstrado, através de provas anexas, continua sendo devido o crédito tributário, extensível também aos erários federal e municipal.

Informa que encaminha à CCRED/ PAF cópia (em papel e mídia) dos relatórios produzidos, anexos do programa AUDIG, contendo as novas apurações, relatórios TEF, DANFE's entrada e Saída para serem entregues ao contribuinte, indicando o prazo de 10 (dez) dias para que o contribuinte se pronuncie.

Às folhas 634 a 637, o contribuinte se manifesta, deduzindo o seguinte.

Após reiterar os pontos controvertidos na sua impugnação fiscal, conclui que está claro que a Fiscal agiu em detrimento a uma análise da real e toda a documentação apresentada, tendo como suporte as supostas irregularidades e documentos apócrifos (extratos para simples conferência). Por isso, afirma não haver correlação entre extrato de cartão, emitido internamente pela Administradora do cartão, passíveis de correção, com a receita escriturada no talão de nota fiscal ou cupom fiscal, feito pelo contribuinte.

Explica que as vendas escrituradas no talão de nota fiscal, já estão incluídas, todas realizadas naquele dia, tanto à vista como no cartão. Por isso, uma vez mais, não há uma correlação entre um extrato emitido pela Administradora de Cartão, com a efetiva escrituração realizada no talão.

Argumenta que é preocupante e inadequado que o Agente Fazendário não tenha concluído seu Demonstrativo, utilizando todos os documentos exibidos pela Autuada. Entretanto, excluiu, por motivos estranhos, as vendas realizadas no talão de Nota Fiscal/Venda ao Consumidor, Série D-1, até mesmo por cautela. Garante que a inclusão dessas vendas no Demonstrativo corrobora os fatos asseverados nos itens anteriores acima, pois feriu de morte o Art. 37.

Pergunta qual o motivo de a autuante haver deixado de utilizar os talonários correspondentes as notas fiscais de Venda ao Consumidor, Série D-1, do período? Esclarece que suas vendas por cartão de crédito são pouquíssimas, conforme demonstrados nos extratos residentes nos presentes autos, mas que o Demonstrativo elaborado pelo Autuante está incorreto.

Afirma que, no presente caso, os valores que incidiram sobre a obrigação principal, conforme demonstram as razões expostas nesta peça, inexistem visto que o acessório segue o principal. Ademais, a multa imposta é de 150%, entretanto, por analogia e em respeito ao princípio da isonomia, deverá na pior hipótese os cálculos serem refeitos por medida de justiça com a incidência da multa de 75% para atualização do débito.

Requer, a autuada, que seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pela fiscal, relativo aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, devendo ser apurado através das notas fiscais e cupons fiscais existentes nos arquivos da Autuada, do período constante no Auto de Infração Fiscal, em confronto com os relatórios emitidos pelas operadoras de cartões de crédito, residentes no presente auto, inclusive a realização de perícias, para a qual protesta pela indicação do seu perito assistente, formulação de quesitos, e suplementação de provas; ou, até mesmo, que o julgador, diante das circunstâncias, com amparo no RICMS, de ofício determine a diligência ou perícia, que porventura julgar necessária, e ainda, desde que esse seja correto e justamente calculado, expresso em valores normais.

Reitera que a pessoa que assinou a ciência do Auto de Infração é estranha ao interesse social da empresa, conforme se infere no Contrato Social incluso no presente auto, causador de cerceamento de defesa, que, certamente, é motivo suficiente para invalidar o feito fiscal, que ora requer que seja decretada a nulidade do Auto de Infração com o conseqüente arquivamento do processo fiscal, ou na pior hipótese que se providencie a correta citação da peça basilar no endereço da empresa Autuada.

Reitera as alegações expendidas na peça de defesa. Pede e espera deferimento.

Às folhas 642 a 645, a autuante presta uma nova informação fiscal, contra arrazoando o seguinte.

Quanto à afirmação de que não há correlação entre extrato de vendas de cartão de crédito com as vendas exaradas devidas a emissão de notas fiscais de venda a consumidor, explica, especificamente em relação às notas fiscais D-1 (fls. 151 a 348), apresentadas posteriormente à lavratura do presente auto de infração, que demonstrou, nos relatórios anexos, que não houve emissão de notas fiscais de venda a consumidor correspondente a venda em cartão. Após vinculação entre o TEF e os documentos fiscais emitidos (TEF x DF) o programa AUDIG concluiu o relatório de vendas diárias informando que não houve notas fiscais D-1 com pagamento correspondente a cartão. Conseqüentemente, o relatório foi preenchido na terceira coluna equivalente a outras formas de pagamento, vide relatório de vendas diárias emitidas, fls. 355 a 367 e 373 a 412.

Argumenta, porém, que se inferirmos que a falta de correlação alegada está associada ao fato de ter sido emitido uma nota fiscal de venda a consumidor equivalente ao registro de várias vendas em cartão, esclarece que o autuado não apresentou os documentos fiscais emitidos na condição descrita acima, para que esses documentos fossem identificados na omissão apurada e considerados como vendas em cartão com emissão de documento fiscal.

Informa que intimou o autuado (fl. 641) para apresentar demonstrativo vinculando as operações TEF com as notas fiscais de venda a consumidor, recebida e assinada pelo preposto do contribuinte Sra. Antônia Passos Sales, em 30/10/2014. Informa que a intimação não foi atendida, e conseqüentemente os dados alegados não foram comprovados.

Referindo-se à alegação de que a autuante deixou de lançar no demonstrativo elaborado os talonários correspondentes às notas fiscais de venda ao consumidor, série D-1, assegura que tal afirmativa não procede. Explica que, na ocasião da informação fiscal (fl. 05) relatou que “as planilhas resultantes do levantamento fiscal acima foram anexadas para comprovação do montante apurado, fls. 373 a 385 (cupom fiscal), fls. 387 a 399 (NF-e), e fls. 401 a 412 (NF série D-1). Informa que as cópias das notas fiscais D-1 estão às fls. 151 a 348”.

Informa, ainda, que foram, também, anexados a este PAF e encaminhados através do CCRED/PAF cópias em papel e mídia dos relatórios produzidos para entrega e conhecimento do autuado, fl. 426.

Referindo-se à alegação defensiva de que “o documento que serviu de elo para os levantamentos fiscais são imprestáveis, visto que os valores foram lançados a título de “VENDA COM CARTÃO CONSTANTE REDUÇÃO Z” e que não condiz com a realidade da autuada”, afirma que está equivocada a afirmação do autuado porque nos demonstrativos não constam vendas constante da REDUÇÃO Z. Explica que, à fl. 04 da Informação fiscal, esclareceu sobre a metodologia empregada no levantamento fiscal, que volta a descrever.

Reafirma que os levantamentos fiscais para apuração dos Cálculos da Receita Apurada foram baseados na MFD (memória da fita detalhe), NF-e e Notas Fiscais série D-1.

Referindo-se à alegação defensiva de que não há correlação entre extrato de cartão, emitido internamente pela Administradora de cartão, passíveis de correção com a receita escriturada no talão de nota fiscal ou cupom fiscal, feito pelo contribuinte, informa que esclareceu na informação fiscal como foram demonstradas as vinculações do TEF x DF realizadas para apuração do imposto devido. Alega que o autuado questionou a apuração dos levantamentos fiscais, mas não foi capaz de demonstrá-lo.

Volta a prestar as mesmas informações.

Referindo-se à alegação de que as vendas escrituradas no talão de nota fiscal já estão incluídas, todas realizadas naquele dia, tanto à vista como no cartão, informa que, na informação fiscal, esclareceu e demonstrou, item por item questionado, página 04 a 10 fls. 416 a 426, a consistência dos levantamentos fiscais realizados e que não foram confrontados pelo autuado.

Informa que as notas fiscais série D-1, incluídas no PAF pelo autuado, após informação fiscal, e durante a manifestação da defesa, fls. 433 a 631 correspondem exatamente às notas fiscais D-1 que já estavam anexadas às fls. 151 a 348, enquanto que as notas fiscais de venda a consumidor são as mesmas. Conclui, assim, que não foram anexados documentos novos ou demonstrativos capazes de contradizer a veracidade da receita apurada.

Quanto à alegação de exorbitância da multa imposta de 150%, alega que não consta deste PAF autuações com multa de 150%, já que as duas infrações foram apenadas com multa de 75%.

Quanto à alegação de assinatura do auto de infração por pessoa estranha ao quadro societário, afirma que esta alegação do autuado foi esclarecida à fl.419. Reafirma que o auto de infração foi assinado pelo Sr. Abelício Souza, CPF nº 122.970.895-20, contador, registrado no Conselho Regional de Contabilidade, nº BA-010676/0-3 (fls. 101 e 102), cadastrado no banco de dados da Sefaz (fl. 12).

Informa que a assinatura do auto de infração seguiu previsão legal, estabelecida no art. 3º, inciso II do RPAF/Ba, conforme procuração pública registrada em cartório, do 10º Tabelionato de Notas, número de ordem 063169, livro nº 0424, folha nº 003, anexada às fls. 99 e 100.

Quanto à diligência requerida, afirma acreditar ter suprimido os questionamentos do contribuinte nos dois pontos principais através de novas intimações para esclarecimento do alegado na defesa e na manifestação fiscal.

Conclui que, diante das justificativas apresentada pelo Autuado com fito de suprimir a ação fiscal, e sem apresentação de provas materiais contrárias àquelas já anexadas ao auto de infração, ou novos levantamentos fiscais, os argumentos da Autuada não foram capazes de elidir a ação fiscal e, portanto, é devido o ICMS Simples Nacional baseado nas infrações 01 e 02.

Diante do exposto, pede que o auto de infração, aqui discutido, seja julgado PROCEDENTE.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, enfrento as arguições de nulidades suscitadas pela impugnante, conforme a seguir.

No que se refere à alegação de discrepância entre o histórico da autuação e o dos anexos, noto que a autuada sustentou a sua irresignação com alegações genéricas, sem indicar, de forma precisa, onde estaria a desconformidade suscitada. Cabe, contudo, observar que o sujeito passivo optou pelo enquadramento no SIMPLES NACIONAL instituído pela Lei Complementar nº 123/06, no que resulta em um regime especial de apuração do imposto prevista no art. 18 desse mesmo diploma legal, que usa como parâmetro a “receita bruta” para determinar a base de cálculo e alíquotas necessárias a apuração do ICMS devido.

A alegação de que a autuação fora baseada em meros indícios não procede, pois o levantamento fiscal fez uso de informações prestadas pelo próprio contribuinte, tais como as constantes da memória da fita detalhe, das reduções “Z”, além da DASN (Declaração do Simples Nacional), conforme explicita a peça inaugural do lançamento, à folha 02 do presente processo. A comparação desses valores com as informações de venda prestadas pelas Administradoras de Cartões de Crédito propiciou o lançamento por presunção com base no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96.

O histórico da infração 02 descreve exatamente essa conduta presumida, conforme se depreende da leitura à folha 03. Quanto à infração 1, a sua descrição é decorrência da infração 2, ou seja, a apuração de receitas omitidas, através de cartões de crédito e de débito, 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, além

Não se evidencia a discrepância alegada pela defesa. Rejeito, conseqüentemente, a preliminar suscitada.

Quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento dos fatos narrados no auto de infração, também não há de ser acolhida, pois a infração 02, foi enquadrada na conduta prevista na alínea “b” do § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, cuja redação assim a tipifica.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 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:

...

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

...”

Já a infração 01, foi enquadrada no art. 44, inciso I da Lei 9.430/96, com a seguinte descrição.

“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

...

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

...”

Considerando que a infração 01 é consequência da infração 02, é forçoso concluir que ambas se encontram adequadamente enquadradas.

Rejeito, igualmente, a alegação suscitada.

Quanto à alegação de que não houve a apresentação das informações em arquivos magnéticos, noto que a norma invocada pela defesa não faz qualquer referência à entrega desses elementos à autuada, conforme se pode depreender da leitura do art. 8º, § 3º do RPAF, abaixo reproduzido.

“Art. 8º As petições deverão conter:

...

§ 3º As peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada.

...”

De fato, o que o legislador editou foi uma norma processual, que impõe a anexação dos arquivos magnéticos ao processo, não prevê a sua entrega ao contribuinte, o qual já fora contemplada com a exigência de entrega de cópia de todo o processo. Não procede, assim, a alegação empresarial.

Quanto à alegação de que não houve clareza na descrição dos fatos, observo que não tem respaldo nas provas, pois a autuante fez uma descrição minuciosa do procedimento adotado, à folha 02, não dando ensejo à qualquer margem de dúvidas relativamente à metodologia adotada para efetivação do lançamento. Rejeito a alegação suscitada.

Quanto à alegação de que não houve a lavratura de termo de início de fiscalização, noto que a lavratura do termo de intimação para apresentação de livros e documentos, à folha 08, constitui-se em elemento idôneo a suprir a ausência do termo referido, conforme art. 26, inciso III do RPAF.

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

...

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

...”

Assim, não merece prosperar a nulidade suscitada.

Por fim quanto à alegação de que a ciência do auto de infração foi assinada por pessoa estranha ao quadro societário, vale ressaltar que a ciência do auto de infração não precisa ser feita por sócio da pessoa jurídica, podendo se dar por qualquer representante ou preposto, nos termos do art. 39, inciso X do RPAF, abaixo transcrito.

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

...

X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto (grifo acrescido), com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa.

...”

Assim, também não merece prosperar a alegação defensiva.

Com base no exposto, rejeito as arguições de nulidade suscitadas. Entendo que o presente processo encontra-se adequadamente instruído, cumprindo as formalidades legais.

Nego o pedido de diligência por entender que os elementos constantes do auto são suficientes à formação de minha convicção.

Quanto ao mérito, a autuação decorreu do cometimento de duas infrações, marcadas pelo fato de que a infração 01 é, em parte, decorrência da infração 02. Tendo em vista esse fato, inverte a ordem de julgamento, detendo-me, primeiramente, na infração 02, pois a sua ocorrência é pressuposto da caracterização da infração 01.

Examinando a infração 02, noto que consistiu em “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 ...”. Em sua defesa, a impugnante alega que pães e refrigerantes devem ser excluídos do levantamento, pois são itens de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

A autuante soma as notas fiscais série D-1 e refaz o demonstrativo de débito e, apurando novas diferenças conforme folha 354-A, não fazendo menção, contudo, à alegação relativa a pães e refrigerantes. Examinando os demonstrativos de débito às folhas 24 a 67, é possível notar que a autuante aplicou, ao efetuar o cálculo do imposto devido, a proporcionalidade, segregando as operações sujeitas a substituição tributária, como o evidencia o demonstrativo “ANEXO GERAL 1”, à folha 33 do presente processo.

Assim, considerando que a autuante demonstrou, detalhadamente, todos os valores utilizados para apuração da base de cálculo do imposto, inclusive os relatórios TEF's (cujos arquivos foram entregues ao contribuinte, conforma folha 68), entendo que restou provada a diferença entre os valores declarados pela impugnante e aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito. Deixo, contudo, de acolher o novo demonstrativo de débito elaborado pela autuante, pois promoveu elevação do valor originalmente cobrado. Tenho, portanto, como procedente a infração 02.

Quanto à infração 01, a acusação fiscal consistiu em “Efetuiu 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 ...”. Em sua defesa, a empresa alega que a fiscal aplicou as alíquotas em desacordo com a tabela do anexo I da LC 123/06.

Às folhas 423 e 424, a autuante explica que as novas alíquotas decorrem do reenquadramento do estabelecimento autuado, por força da contabilização das receitas omitidas, referentes a documentos fiscais emitidos (e não incluídos na DASN) e a documentos fiscais não emitidos (infração 02). Assim, entendo que a caracterização da infração é, em parte, consequência da infração 02, cuja ocorrência restou provada.

Noto que as receitas adicionais, que ensejaram o reenquadramento da autuada, restaram provadas, de forma direta, mediante a anexação dos documentos fiscais emitidos, bem como indiretamente, por presunção, mediante a declaração das empresas administradoras de cartão de crédito. Deixo, contudo, de acolher o novo demonstrativo de débito elaborado pela autuante, pois promoveu elevação do valor originalmente cobrado. Tenho, portanto, como procedente a infração 02.

Quanto à atualização monetária, os índices aplicados decorrem da aplicação do artigo 101 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Diferentemente do que alega a autuada, a multa aplicada não foi 150%, e sim 75% em conformidade com o art. 44, inciso I da Lei 4.930/96.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 021041.5008/14-0**, lavrado contra **CASA DO HAMBURG E FRIOS LTDA ME**, no valor de **R\$124.198,37**, acrescido da multa de 75% prevista nos Arts. 34 e 35 da Lei complementar 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de janeiro de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA