

A. I. Nº - 206903.0006/15-3
AUTUADA - NMH BAR E RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA MORAES IUNES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.10.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-04/17

EMENTA ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS, REGULARMENTE ESCRITURADAS, PORÉM DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Item parcialmente impugnado, com pagamento da parcela do débito reconhecido. Declarada a decadência de parte deste item da acusação, com base no Art. 150, § 4º do CTN, em consonância com o parecer relativo ao “*Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0*”, da lavratura da PGE/PROFIS. Infração procedente em parte. 2. OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO E DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES REGISTRADAS NO ECF DO AUTUADO, NA MFD (MEMÓRIA DA FITA DETALHE) E AQUELES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO, VIA TEF DIÁRIOS. Tendo em vista a atividade de bar e restaurante desenvolvido pelo autuado, que apresenta especificidades que não permitem a aplicação do roteiro a partir do confronto MFD x TEF diários, foi considerada, neste caso, inadequado o roteiro de auditoria na forma aplicada, em razão de causar cerceamento ao direito de defesa, além de distorção da apuração da base de cálculo. Nulidade do procedimento, ante a presença de vícios formais e materiais. Recomendada a renovação da ação fiscal, com observação do prazo decadencial. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Acusações parcialmente subsistentes, após revisão fiscal procedida pela autuante. 4. DMA. MULTAS. **a)** DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Item não impugnado. Acusação mantida. **b)** APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO REGULAMENTAR. Acusação parcialmente subsistente. 5. EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL. ECF. FALTA DE INFORMAÇÃO DO PROGRAMA APLICATIVO UTILIZADO. MULTA. Item reconhecido. Acusação subsistente. 6. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. MULTAS. **a)** FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. **b)** FALTA DE ENTREGA DA EFD. Infrações reconhecidas. Acusações mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 29/09/2015 com o fito de reclamar crédito tributário no montante de R\$193.273,29 em decorrência das seguintes acusações:

- 1 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$78.099,64, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Constatado mediante auditoria na memória da fita detalhe - MFD, das operações realizadas com uso do ECF, conforme demonstrativo de débito de ICMS anexo a este PAF. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.
- 2 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Constatado mediante auditoria na memória da fita detalhe - MFD, das operações realizadas com uso do ECF, confrontadas com os valores constantes no relatório diário de operações TEF, informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, e os valores de pagamentos por meio de cartões de Crédito/Débito, consignados nos Cupons Fiscais emitidos pelo contribuinte, conforme demonstrativos C, X1, 3B, Y1 e Z anexo a este PAF. ICMS reclamado no total de R\$18.763,28, com multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.
- 3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no total de R\$2.361,99 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Tudo conforme arquivos XML das NF-e, Informações dos DAES pagos e demonstrativos elaborados nesta ação fiscal constantes em anexo. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.
- 4 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, no total de R\$988,38 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Tudo conforme arquivos XML das NF-e, Informações dos DAES pagos e demonstrativos elaborados nesta ação fiscal constantes em anexo. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.
- 5 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA(Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Tudo conforme demonstrativo da Auditoria Fiscal dos Documentos de Informações Econômico-Fiscais constante em anexo. Multa no valor de R\$140,00 com previsão no Art. 42, inciso XVIII, alínea "c" da Lei nº 7.014/96.
- 6 - Apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), fora do prazo regulamentar. Tudo conforme demonstrativo da Auditoria Fiscal dos Documentos de Informações Econômico-Fiscais constante em anexo. Multa no total de R\$7.360,00 com previsão no Art. 42, inciso XV da Lei nº 7.014/96.
- 7 - Não informou à Secretaria da Fazenda o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico de equipamento de controle fiscal, aplicada a penalidade por cada equipamento. Constatado através de Auditoria na Memória de Fita Detalhe - MFD do equipamento ECF, disponibilizada pelo contribuinte conforme layout definido pelo Ato Cotepe 17/04. Tudo conforme demonstrativo de débito constante em anexo. Multa no total de R\$2.760,00 com previsão no Art. 42, inciso XIII-A, alínea "e" da Lei nº 7.014/96.
- 8 - Pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação. Tudo conforme arquivos SINTEGRA, Relação dos arquivos recepcionados emitido pelo Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos da Sefaz-BA e demonstrativo M1 da multa aplicada elaborado nesta ação fiscal e constantes em anexo. Multa no total de R\$66.240,00 com previsão no Art. 42, inciso XIII-A, alínea "j" da Lei nº 7.014/96.
- 9 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital-EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. Tudo conforme arquivos da EFD transmitidos para SEFAZ-BA e demonstrativo EFD constantes em anexo. Multa no total de R\$16.560,00 com previsão no Art. 42, inciso XIII-A, alínea "L" da Lei nº 7.014/96.

Regularmente cientificado, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação parcial ao lançamento, fls. 114 a 136, onde, inicialmente, menciona que da análise que efetuou no lançamento constatou que as infrações 01, 03 (parcialmente), 04 (parcialmente), 05, 08 e 09 são procedentes e a infração 02, parte da infração 03, parte da infração 04 e a infração 06 são totalmente improcedentes. Disse, ainda, que em relação à parte reconhecida do lançamento fiscal providenciará o pagamento dos valores devidos com os benefícios proporcionados pelo Programa Concilia Bahia, instituído pelo Estado da Bahia por meio da Lei nº 13.449/2015.

Em seguida, antes de adentrar ao mérito, destacou a ocorrência da decadência do direito do Estado da Bahia em constituir crédito referente a tributo sujeito ao lançamento por homologação, em relação a fatos geradores ocorridos anteriores a 05/10/2010, pontuando que no caso em tela declarou todas as suas operações de circulação de mercadorias, calculou o montante devido a título de ICMS e antecipou o respectivo pagamento.

Observou que no momento em que o Auto de Infração ingressou no mundo jurídico, 05/10/2015, data da efetiva notificação, já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação relativamente aos fatos geradores anteriores a 05/10/2010, em razão do disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, transcrito.

Após outras considerações acerca desta questão afirmou que não resta dúvida de que deve ser reconhecida a decadência do direito de rever o lançamento no prazo de 05 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, pugnano pela exclusão do lançamento dos valores referentes aos fatos geradores anteriores a 05/10/2010, pois foram alcançados pela decadência.

Adentra em seguida à infração 02, pontuando que esta trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada pelo confronto das vendas realizadas com Cartão de Crédito e Débito, extraídas da Memória da Fita Detalhe – MFD do Emissor de Cupom Fiscal, em valores inferiores do que as vendas informadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito por meio dos Relatórios Diários de Operações TEF, entre os anos de 2010 e 2014.

Diz que a autuante valendo-se da presunção legal prevista no art. 4º, inc. VI, alínea “b”, e inc. VII, da Lei nº 7.014/06, comparou valores que foram pagos em cartão de crédito ou débito com os cupons fiscais emitidos, estabelecendo a suposta omissão de tributação em hipóteses onde os valores da primeira supostamente não guardavam correspondência com qualquer cupom fiscal.

Afirma que, ao contrário do quanto alegado pela Fiscalização, não há que se falar, no caso em apreço, em omissão de saídas de mercadorias, pois restará demonstrado a seguir que as vendas a cartão que realizou foram devidamente registradas e se encontram comprovadas pelas Reduções Z entregues à Fiscalização, não havendo, portanto, a alegada divergência com os valores das vendas informadas pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito e Débito.

Sustenta que verificou que houve uma inovação no procedimento adotado pela Fiscalização, na medida em que, ao invés de confrontar os registros dos valores totais das vendas (diárias ou mensais) com Cartão que realizou (Redução Z) com os valores totais informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), a autuante tentou fazer um complexo cruzamento das vendas TEF com a Memória da Fita Detalhe – MFD, operação por operação, ou seja, confrontando cada Cupom Fiscal emitido com a cada Autorização de Crédito das Operadoras de Cartões, conforme se pode verificar das planilhas elaboradas pela própria autuante, as quais deram respaldo ao lançamento fiscal, procedimento este que considera inadequado.

Desta maneira assevera que no presente caso foi utilizado um roteiro de Auditoria não previsto na lei (cruzamento das vendas TEF com MFD), o que gerou a mencionada inadequação, e, por via de consequência, a nulidade do lançamento fiscal, por não conter elementos suficientes para se

determinar, com segurança, a infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, da Lei nº 7.629/1999 (RPAF/BA), citando, em seu socorro e a este respeito, que este Conselho de Fazenda já teve a oportunidade de julgar NULO outros Autos de Infração em que a Fiscalização não obedeceu ao roteiro regular de Auditoria, como faz exemplo a Acórdão JJF nº 0040-06/14 proferido pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-06/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ADOÇÃO DE ROTEIRO INADEQUADO.

Os valores constantes na Redução Z não foram utilizados para a verificação de que as vendas por meio de cartões de crédito/débito teriam ocorrido com as correspondentes emissões de cupons fiscais. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

Por outro lado, diz também que a autuante incorreu em grave equívoco durante toda a apuração, pois, além de relacionar valores com cupons fiscais errados, deixou de considerar mais de um pagamento em cartão na mesma nota, assim como mínimas divergências existentes entre as informações constantes das Autorizações (TEF) e dos Cupons Fiscais (MFD) - diferença de centavos, por exemplo - fez com que a planilha elaborada pela mesma simplesmente desconsiderasse o valor da venda realizada pela impugnante com Cartões, gerando uma presunção de omissão de saída de mercadoria absolutamente incompatível com a sua conduta.

Frisa que os clientes de bares e restaurantes, ao realizarem o pagamento dos bens consumidos, costumam dividir os valores da forma que melhor lhes prouver e, em seguida, realizam o pagamento de diferentes maneiras, como dinheiro, cheque, cartão de crédito ou débito, sendo que, nesse sentido, é muito comum haver, em um mesmo cupom fiscal, o pagamento de valores com diferentes cartões, de diferentes bandeiras, o que foi ignorado pela autuante.

Chama a atenção que a autuante se acomodou com o cruzamento automático do relatório da Fita Detalhe – MFD com o relatório informado pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), quando, na realidade, deveria fazer uma análise dos valores totais das operações, confrontando-as com os relatórios das Reduções Z, ou, ao menos, corrigir todas as distorções eventualmente existentes, as quais foram provocadas pelo próprio roteiro de Auditoria equivocado realizado pela Fiscalização.

Objetivando demonstrar a inexistência de omissão de saídas na forma consignada no Auto de Infração, apresentou diversos quadros exemplificativos tomando como base a sua redução “Z”, em períodos alternados, razão pela qual, pugna no sentido de que seja a presente infração julgada NULA ou, sucessivamente, IMPROCEDENTE, e que, caso não seja esse o entendimento, requer que se determine a baixa dos autos em diligência com o fito de revisar totalmente o relatório formulado, considerando-se todas as notas fiscais emitidas, para que seja possível comprovar a inexistência de qualquer divergência entre os valores informados pelas administradoras de cartão e as operações que declarou.

Ao adentrar à infração 03, diz que verificou os equívocos abaixo relacionados:

2010 — Cobrança Antecipação Parcial 03, 04, 05, 07, 08, 09 e 11

- Apuração 03/2010 – Cita que a autuante apontou a nota fiscal nº 9771 com uma base de R\$180,00, porém a base da mesma é $R\$ 313,60 \times 17\% = R\$53,31 - R\$21,95$ (crédito ICMS) = R\$31,36 (imposto a pagar), quitado no parcelamento PAF 089522.0003/10-3;

- Apuração 04/2010 - Diz que foi pago através de parcelamento PAF 089522.0003/10-3. Refere-se a nota fiscal nº 12927;

- Apuração 05/2010 – Assevera que foi pago através de parcelamento PAF 089522.0003/10-3. Refere-se as notas fiscais nº 13694 e 14657, citando que o parcelamento foi feito no valor total do débito sem o crédito da nota respectiva;

2012 - Cobrança Antecipação Parcial 02

- Apuração 02/2012 - Com relação a este item afirma que houve apenas divergências nas informações, pois a autuante não considerou o crédito das notas fiscais. A cobrança refere-se as notas fiscais nº 455 crédito da nota R\$8,56 e 456 crédito da nota R\$5,68, produtos adquiridos de empresa optante pelo Simples Nacional, logo o debito é no valor de R\$147,11;

- Apuração 10/2012 – Menciona que existe apenas divergência das informações, pois a autuante não considerou o crédito da nota fiscal nº 687 no valor de R\$11,83, logo, o débito é no valor de R\$191,31;

- Apuração 01/2013 - Sustenta que houveram divergências das informações, pois a autuante não considerou o crédito das notas, produtos adquiridos de empresa optante pelo Simples Nacional. A cobrança refere-se as notas fiscais nº 750 crédito de R\$ 13,72. Em relação as notas fiscais nº 762 e 66047 as mesmas tem como data de entrada o mês 02/13 e foram pagas através do DAE no valor de R\$394,66 em 25/03 e a nota fiscal nº 762, crédito da nota R\$6,25, produto adquirido de empresa optante pelo Simples Nacional, logo, o imposto devido é no valor de R\$221,90;

- Apuração 05/2013 - Indica que a autuante não considerou o crédito da nota, produtos adquiridos de empresa optante pelo Simples Nacional. Em relação ao pagamento refere-se as notas fiscais nº 00842 crédito de R\$14,42 e a nota fiscal nº 71776 a mesma teve entrada dia 01/06 e o imposto foi pago através de DAE no valor total de R\$71,20 em 25/07, portanto o valor devido é de R\$233,19 que corresponde a nota fiscal nº 0842;

- Apuração 09/2013 – Argui que a autuante não considerou o crédito da nota fiscal nº 127 no valor de R\$6,90, produtos adquiridos por empresa optante pelo Simples Nacional, portanto o valor devido é R\$71,43;

- Apuração 01/2014 - Com relação a este item, a nota fiscal nº 27.450 teve entrada em 07/02/14 e foi recolhido através do DAE no valor de R\$202,66 em 25/03/14 e a nota fiscal nº 84.174 foi recolhido através do mesmo DAE no valor de R\$202,66;

- Apuração 05/2014 – A autuante não considerou o crédito no valor de R\$12,42, portanto o valor correto é de R\$312,73;

- Apuração 06/2014 - A nota fiscal 30.121 teve entrada 06/07/14 e foi recolhido o imposto através do DAE no valor de R\$61,80 em 25/08;

- Apuração 09/14 - As notas fiscais nº 31.307 e 95.001 foram recolhidas através do DAE no valor R\$111,80 em 27/10.

No que diz respeito a infração 04, por igual, apontou as seguintes incorreções no lançamento:

- Apuração 02/2011 – Aponta que a nota fiscal nº 73, a entrada ocorreu em 01/03 e que o imposto foi recolhido através do DAE no valor de R\$257,59 em 25/04. Já em relação a nota fiscal nº 28.923 existe de fato a diferença a pagar de R\$7,15, foi pago através de DAE R\$28,57 em 25/03;

- Apuração 05/2011- A nota fiscal nº 34.032, teve o imposto pago através do DAE no valor de R\$187,96 em 27/06. Já em relação a nota fiscal nº 187 a autuante não considerou o crédito da nota no valor de R\$4,30, produto adquirido de empresa optante pelo Simples Nacional;

- Apuração 08/2011 - Não foi considerado o crédito referente a NF nº 292 no valor de R\$ 3,74.

- Apuração 09/2011 – Não foi considerado o crédito referente a nota fiscal nº 323 no valor de R\$58,54, portanto a diferença devida corresponde a R\$16,67;

- Apuração 11/2011 - Não foi considerado o crédito referente a NF nº 379 no valor de R\$ 5,58.

- Apuração 12/2011- Não foi considerado o crédito referente a nota fiscal 408, no valor de R\$6,12 além de não ter sido também considerado o pagamento efetuado em 25/01/2012 no valor de R\$63,27;
- Apuração 01/2012 - Não foi considerado o crédito referente a NF nº 425 no valor de R\$ 6,63.
- Apuração 06/2012 —Não foi considerado o crédito fiscal da nota fiscal nº 588 no valor de R\$6,67, enquanto que em relação a nota fiscal nº 55.144, sua entrada ocorreu em 01/07/12 e o imposto foi pago foi paga através do DAE no valor de R\$74,80 em 27/08/2012;
- Apuração 08/2012 - Não foi considerado o crédito fiscal da nota fiscal nº 618 no valor de R\$5,89, remanescendo um valor devido na ordem de R\$16,11;
- Apuração 09/2012 - Não foi considerado o crédito fiscal da nota fiscal nº 649 no valor de R\$5,89, produtos adquiridos de empresa optante pelo Simples Nacional e, ainda, não computou o pagamento que foi feito através do DAE no valor de R\$101,64 em 25/10/2012;
- Apuração 12/2012 - Não foi considerado o crédito fiscal da nota fiscal relativo a este período.
- Apuração 10/2013 - Não foi considerado o crédito fiscal da nota fiscal nº 79.042 no valor de R\$99,00, sendo que o valor foi pago através de DAE no valor de R\$267,60;
- Apuração 02/2014 - Com relação a este item, não foi considerado o crédito da nota fiscal nº 1.021 no valor de R\$8,13, remanescendo o valor a pagar de R\$64,58;
- Apuração 08/2014 - Não considerou o crédito da nota fiscal nº 1173 no valor de R\$10,03

Ao adentrar na Infração 06, diz que a acusação é de que apresentou DMA fora do prazo regulamentar, e que, segundo a autuante a data correta seria dia 07 de cada mês, devido ao final da inscrição estadual nº 6. Porém, a legislação assinala o dia 20 de cada mês, conforme art. 333 do RICMS, observando que em 2009 e 2010 obteve faturamento inferior a R\$2.400.000,00, enquanto que a data de entrega da DMA no período foi dia 15 do mês subsequente, conforme § 3º do referido artigo regulamentar.

Observa que em relação ao mês de janeiro de 2012, foi entregue 07/03/2012, devido a prorrogação dada por meio do Decreto nº 13.733/2012 (DOE de 07.03.2012), que prorrogou para 20.03.2012 a entrega da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) e da Declaração da Movimentação de Produtos com ICMS Diferido (DMD), referentes as operações e prestações realizadas no mês de Janeiro de 2012 e, quanto ao mês 02/2012, a entrega ocorreu em 15/03/2012, portanto, dentro do prazo. Por fim, quanto ao mês 03/2012, a entrega ocorreu em 17/04/2012, também dentro do prazo.

No que tange à infração 08, que trata de penalidade pela entrega de arquivo eletrônico sem o nível de detalhe exigido pela Legislação, mais especificamente os arquivos 54 e 61, assevera que a infração é procedente apenas em parte, uma vez que tais arquivos apenas começaram a ser exigidos à Impugnante a partir do mês de fevereiro de 2012.

Menciona que o Convênio 57/95, em seu § 4º, inciso I, desobriga a apresentação do arquivo 54, que se refere à totalidade das operações de entrada e saída, assim como das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração, nos casos em que o contribuinte utilizar sistema eletrônico de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal, frisando que no período em que estava sujeito ao SINTEGRA, se encaixava perfeitamente na disposição mencionada, pelo que não lhe era exigido o nível de detalhamento sustentado pela Fiscalização, o que passou a ser a partir da implantação do SEPD, em fevereiro de 2012, a teor da informação prestada pela própria Secretaria da Fazenda, em seu *site*:

34. Quem deve apresentar o Registro magnético Tipo 54?

Todos os contribuintes que utilizam sistema eletrônico (SEPD) para emissão de documentos fiscais . O registro Tipo 54 abriga os dados dos itens (produtos/mercadorias) das notas fiscais

modelo 1 e 1-A; Nota Fiscal – Microempresa e Nota Fiscal – Empresa de Pequeno Porte – Produtor Rural.

Com isso concluiu que como antes da utilização do sistema eletrônico SEPD não se exigia o Registro Magnético tipo 54, também não poderiam ser exigidos o arquivos 61, razão pela qual requer seja determinada a exclusão do lançamento fiscal da multa aplicada pela falta de apresentação de arquivo em nível de detalhe exigido, entre os períodos de 30/01/2010 e 29/02/2012.

Ao final pugna que se julgue Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração, com a homologação dos pagamentos efetuados referentes aos valores reconhecidos devidos.

A autuante prestou Informação Fiscal, fls. 211 a 213, destacando preliminarmente aspectos relacionados a formalização do lançamento e, em seguida, adentrou a arguição de decadência sustentando que diferentemente do quanto sustentado pelo autuado, o direito da Fazenda Pública fazer o lançamento para constituir o crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento já podia ter sido efetuado, conforme disposto no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), no § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (LEI nº 3.956/81) e pelo inciso I do art. 965 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14/03/1997.

A este respeito, mencionou julgados do Superior Tribunal de Justiça que adotou o entendimento segundo o qual, nos impostos submetidos ao regime do lançamento por homologação, *"a decadência relativa ao direito de constituir o crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento"*., e, de igual forma, citou pronunciamento da Segunda Turma do Tribunal Federal da Terceira Região, conforme Ac 1ª T STJ, R. Esp. nº 58.918-5/RJ, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 1 de 19.6.95, 18.646; Ac. 1ª T STJ, R. Esp. 63.529-2/PR, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 1 07.08.95, 23.023; Ac. 1ª T STJ, R. Esp. 69.308/SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 1 de 4.3.96, 5363/4. e Ac 1ª T TRF 3ª R nº 94.03.059807-7/SP, DJU, 2 30.1.96, 3328/9, mencionando, finalmente, posicionamento deste CONSEF exarado pelo CONSEF por intermédio do Acórdão nº 0009-12/08, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Conclui pontuando que como a ação fiscal abrangeu os exercícios de 2010 a 2014 e o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2015, o lançamento foi formalizado ainda dentro do período de 5 (cinco) anos, contados do 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores. Desta forma, não procede à arguição de decadência, para os lançamentos apurados no período de Janeiro a Outubro de 2010, pois foram observados todos os dispositivos legais que regulam tanto o procedimento como o processo.

Em relação ao mérito, adentrou à infração 02, comentando acerca do fato gerador do ICMS, sua incidência sobre ocorrências reais, destacando que a informação advinda das administradoras de cartões de crédito/débito, se compõe de dados de operações reais, que correspondem a pagamentos efetivados por tais modalidades, não produzindo de maneira automática qualquer efeito relativo ao ICMS, o que somente ocorre quando a fiscalização coteja tais elementos com os valores informados e apresentados pelo sujeito passivo relativamente às suas operações declaradas ao Fisco.

Cita que a partir de tal cotejamento, tem-se o surgimento da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto respectivo às operações, quando as informações oriundas das administradoras de cartões de crédito/débito apresentam valores superiores aos constantes nos dados fiscais do contribuinte, observando, contudo, que tal presunção não se apresenta como absoluta, podendo o sujeito passivo contrapor fatos, elementos ou informações que se contraponham à mesma, e até mesmo a desconstituam.

Acentua que se as alegações da defesa estivessem embasadas em provas, a presunção levantada no lançamento tributário poderia ser contraditada, o que implicaria na possibilidade de redução ou mesmo na extinção do crédito tributário. Para tal as provas deveriam ser acostadas a esta

defesa, vez que no caso em exame, o ônus da prova estaria em poder do sujeito passivo, ao arrimo do artigo 333, Inciso I, do Código de Processo Civil, o qual de acordo com o RPAF/BA aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo tributário.

Sustenta que a alegação defensiva não traz qualquer elemento que possa embasar o seu pleito, razão pela qual não pode ser levada em conta no caso em comento, destacando que o próprio RPAF explicita em seu artigo 8º, Inciso IV, que as petições deverão conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações, dispositivo este complementado pelo artigo 143 do mencionado diploma legal, que determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Conclui quanto a infração 02 que diante do fato do recorrente apenas alegar, sem apresentar qualquer prova que refute a acusação fiscal, ou que possa reverter o julgamento realizado na primeira instância, a presunção há de ser mantida sem qualquer ressalva ou reparo.

Ao adentrar à infração 06 diz que acolhe parcialmente as razões da defesa pelo motivo da data de entrega ter sido realmente no dia 15 por conta do faturamento anual inferior a R\$2.400.000,00, entretanto, permanece a infração em relação aos períodos de Abril/10, Julho/10, Outubro/10 e Novembro/10.

Quanto à infração 08, diz que o argumento de que os arquivos SINTEGRA foram entregues, ressalta que os referidos arquivos magnéticos foram entregues fora do prazo regulamentar e mesmo após a entrega dos referidos arquivos eletrônicos, no decorrer da ação fiscal, o autuado fora intimado para apresentação de elementos que pudessem elidir os ilícitos fiscais apontados nos supra referidos demonstrativos de apuração do ICMS reclamado, conforme consta às fls. 19 e 20 deste PAF, contudo, não o fez.

Acrescentou que se verifica ainda através da “Relação de Arquivos Recepcionados” constante às fls. 79 a 92 deste PAF, que o contribuinte realizou a entrega dos referidos arquivos magnéticos do SINTEGRA fora do prazo regulamentar e sem o nível de detalhe exigido na legislação, especialmente as informações relativas aos registros 50, 54, 60R, 61, 61R, 70 e 75. Desta maneira, sustenta que não poderá ser acolhido os argumentos trazidos pelo sujeito passivo em sua defesa, uma vez constatado que o contribuinte recebeu todos os elementos utilizados para apuração do imposto devido, e cobrança das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias constantes neste PAF.

Em 30/08/2016 esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu, em sessão de Pauta Suplementar, por converter o presente processo em diligência à INFPAZ de origem, com a seguinte solicitação:

“As infrações 03 e 04 do presente Auto de Infração tratam de falta de pagamento e de pagamento a menos do ICMS a título de antecipação parcial, exigindo imposto nos valores respectivos de R\$2.361,99 e R\$988,38.

Em sua defesa o autuado indicou diversos equívocos que, ao seu entender, teriam sido cometidos no lançamento, apontando itens onde não seriam devidos o imposto exigido, de acordo com os questionamentos presentes às fls. 129 a 133, os quais não foram enfrentados pela autuante quando da sua informação fiscal.

Tendo em vista o constante no § 6º do Art. 127 do RPAF/BA, que determina que a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente PAF em diligência à Infpa de origem, no sentido de que a autuante se pronuncie acerca dos questionamentos trazidos pelo autuado em relação às infrações 03 e 04, devendo, ao final, se for o caso, elaborar novo demonstrativo de débito para as mencionadas infrações (03 e 04).

Após, o autuado e seu patrono, deverão ser cientificados deste pedido de diligência, devendo também ser-lhes entregue cópia do resultado auferido nesta diligência, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para pronunciamento.

Ao final, o processo deverá retornar ao CONSEF, para conclusão da instrução e posterior julgamento”.

A autuante atendeu o quanto solicitado na diligência, fls. 230 a 238, onde, após produzir novos demonstrativos de débito relacionados as infrações 03 e 04, assim se posicionou:

Infração 03: Diz que após analisar as alegações da defendente retificou o demonstrativo da antecipação parcial, o qual, após as devidas correções remanesceu devido o valor de R\$1.588,14;

Infração 04: Tal como no item anterior, após as devidas correções, retificou o valor da exigência para a quantia de R\$713,84.

O autuado, através dos seus patronos, foi cientificado do resultado da diligência de acordo com os documentos de fls. 243 e 244, porém não se pronunciou.

VOTO

Inicialmente ressalto que em relação a infração 01 o autuado questionou apenas as ocorrências iniciadas em 28/02/2010 até 31/08/2010 que somam a quantia de R\$1.521,96 sobre as quais arguiu a decadência que será adiante analisada. Quanto as demais ocorrências no total de R\$76.577,68 efetuou o pagamento com os benefícios proporcionados pelo Programa Concilia Bahia, instituído pelo Estado da Bahia por meio da Lei nº 13.449/2015.

Em relação às infrações 05, 07, 08 e 09, nos valores respectivos de R\$140,00, R\$2.760,00, R\$66.240,00 e R\$16.560,00 foram integralmente reconhecidas pelo autuado, tendo sido efetuados os respectivos pagamentos, também com os benefícios auferidos através da citada lei.

Desta maneira, a lide remanesce em relação a parte da infração 01, infração 02, infração 03, infração 04 e infração 06, as quais passo a analisar.

No que se relaciona a infração 01, que trata de falta de pagamento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, o autuado arguiu a decadência quanto aos fatos geradores ocorridos antes de 05/10/2010, os quais totalizam R\$1.521,96.

Vejo que o presente Auto de Infração foi lavrado no dia 28/09/2015, e a presente infração se refere a recolhimento a menos do imposto, portanto, envolve lançamentos que tiveram repercussão na apuração da conta corrente fiscal do autuado nos períodos questionados.

Isto posto, observo que o sujeito passivo requereu a declaração de decadência dos referidos fatos geradores ocorridos em período anterior a cinco anos, contados da data em que foi cientificado da lavratura do presente auto de infração (05/10/2015), com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o ICMS é um tributo cujo lançamento é realizado por homologação.

Inicialmente, ressalto, que atualmente este CONSEF tem tido um novo entendimento acerca da questão decadência, razão pela qual, passo a me posicionar em relação a este fato, seguindo o atual posicionamento prevalente neste órgão julgador.

Assim é que o autuado ao arguir a decadência parcial do lançamento pontuou que a ciência do Auto de Infração somente ocorreu em 05 de outubro de 2015 razão pela qual os fatos geradores ocorridos antes dessa data estariam alcançados pela decadência, enquanto que a autuante tomou como base para o lançamento a regra disposto pelo Art. 173, I do CTN.

O Código Tributário Nacional (com força de Lei Complementar) em relação aos mencionados artigos, assim se apresentam:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

À luz dos dispositivos acima transcritos, vejo que durante muito tempo subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173 inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

De fato, trata-se de tema espinhoso que vinha se debatendo neste Conselho, culminando na revogação dos Arts. 107-A e 107-B, § 5º, do COTEB, por meio da publicação da Lei nº 13.199, de 28/11/14, adotando-se alinhamento da legislação estadual com o CTN, com as reiteradas decisões de tribunais de justiça, que inclui inúmeros casos aqui mesmo no Estado da Bahia.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF, a PGE/PROFIS promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão de parecer em ***Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0***, nos seguintes termos:

1 - Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

2 - O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 - Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando:

- a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;*
- b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;*

- c) *o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

À luz do quanto acima reproduzido, posso resumir que a PGE entende não ser admissível litigar na esfera judicial, nos termos das normas previstas na nossa legislação estadual, concluindo ser forçosa a aplicação pela Administração Pública da exclusão dos lançamentos de ofício *que considerem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à Súmula Vinculante nº 8 do STF, em 12 de julho de 2008, sugerindo o reconhecimento decadencial quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação dessa mudança de entendimento do STF, em Julho de 2008.*

Diante das considerações acima é possível concluir que:

- a) Em relação aos Autos de Infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data posterior à 12 de junho de 2008, a regra do art. 150, § 4º, do CTN;
- b) Quanto aos Autos de Infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data anterior à 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, § 5º do COTEB;
- c) A regra esculpida no art. 173 I (primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), deve ser aplicada nos casos em que é verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento ou ainda a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, visto que neste caso se dissimulou do fisco a obrigação de pagar corretamente o tributo.

Isto posto, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, em parte, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, vez que o autuado, em relação a infração 01, período de 28/02/2010 até 31/08/2010, efetuou o lançamento das notas fiscais que deram causa à referida infração, portanto, declarou o imposto, o qual foi apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado.

O fato da fiscalização ter apurado *a posteriori* valor que entendeu ter contribuído para ocorrer o recolhimento a menos do imposto, não autoriza o lançamento do imposto com base na regra do Art. 173, I do CTN, já que não se configurou a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente.

Assim, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS consignado através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 retro transcrito, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo

autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 30/09/2010, vez que o Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2015, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores de R\$170,81, R\$204,62, R\$205,44, R\$202,77, R\$201,08, R\$300,30 e R\$236,94, referentes a infração 01, totalizando R\$1.521,96. ao entendimento de que *“conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”*.

De maneira que, e considerando que em relação às demais ocorrências relacionadas à presente infração houve o reconhecimento e pagamento do débito pelo autuado com os benefícios do Programa Concilia Bahia, julgo a infração 01 parcialmente subsistente no valor de R\$76.577,68, cujo pagamento deverá ser homologado pelo setor competente.

A infração 02 acusa o autuado de *“Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Constatado mediante auditoria na memória da fita detalhe - MFD, das operações realizadas com uso do ECF, confrontadas com os valores constantes no relatório diário de operações TEF, informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito/Débito, e os valores de pagamentos por meio de cartões de Crédito/Débito, consignados nos Cupons Fiscais emitidos pelo contribuinte, conforme demonstrativos C, X1, 3B, Y1 e Z anexo a este PAF. ICMS reclamado no total de R\$18.763,28”*.

O autuado requereu a nulidade desta infração ao argumento de que *“houve uma inovação no procedimento adotado pela Fiscalização, na medida em que, ao invés de confrontar os registros dos valores totais das vendas (diárias ou mensais) com Cartão que realizou (Redução Z) com os valores totais informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartões (TEF), a autuante tentou fazer um complexo cruzamento das vendas TEF com a Memória da Fita Detalhe – MFD, operação por operação, ou seja, confrontando cada Cupom Fiscal emitido com a cada Autorização de Crédito das Operadoras de Cartões, conforme se pode verificar das planilhas elaboradas pela própria autuante, as quais deram respaldo ao lançamento fiscal, procedimento este que considera inadequado”*. Asseverou, ainda, que no presente caso foi utilizado um roteiro de Auditoria não previsto na lei (cruzamento das vendas TEF com MFD), o que gerou a mencionada inadequação.

Arguiu, também, que a autuante comparou valores que foram pagos em cartão de crédito ou débito com os cupons fiscais emitidos, estabelecendo a “suposta” omissão de tributação em hipóteses onde os valores da primeira “supostamente” não guardavam correspondência com qualquer cupom fiscal, deixando, também, de considerar mais de um pagamento em cartão na mesma nota, frisando, ainda, que os clientes de bares e restaurantes, ao realizarem o pagamento dos bens consumidos, costumam dividir os valores da forma que melhor lhes pouver e, em seguida, realizam o pagamento de diferentes formas, como dinheiro, cheque, cartão de crédito ou débito, sendo que, nesse sentido, é muito comum haver, em um mesmo cupom fiscal, o pagamento de valores com diferentes cartões, de diferentes bandeiras, o que foi ignorado pela autuante.

Estes argumentos foram rechaçados pela autuante que justificou o procedimento fiscal realizado e manteve a exigência do imposto com base na presunção legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96.

De fato, a presunção de omissão de saídas invocada pela autuante encontra amparo na Lei nº 7.014/96 e deve ser considerada quando os valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte são inferiores aos informados por administradoras de cartão de crédito ou débito, instituições financeiras e shoppings centers ou estabelecimentos similares (art. 4º, § 4º, inc. VI, letra “b”) ou quando os valores das operações e/ou prestações declaradas pelo contribuinte pagas através da modalidade de quitação via cartão de crédito/débito são inferiores aos informados pelas

respectivas administradoras (art. 4º, § 4º, inc. VII, da Lei nº 7.014/96).

No caso sob análise considero importante destacar que o estabelecimento autuado exerce a atividade de restaurante e bar cuja forma de pagamento das operações realizadas apresentam peculiaridades que divergem de outras atividades comerciais.

Analizando o levantamento executado pela autuante, em confronto com o quanto foi suscitado pela defesa, vejo que a fiscalização tomou como parâmetro o confronto de cada cupom fiscal emitido pelo autuado, contidos nas fitas-detelhe MFD (Memória da Fita Detalhe) com a autorização de crédito fornecida pelas administradoras de cartão em diversas operações, ao invés de confrontar registros de valores totais de vendas diárias ou mensais realizadas através de cartão informadas pelas Administradoras (relatórios TEF diários) com as reduções “Z” e notas fiscais emitidas pelo contribuinte, quando tenha se verificado a eventual impossibilidade de emissão de cupom ECF. A adoção desse procedimento (TEF x MFD – fitas detalhes diárias) em estabelecimentos que operam nos ramos de restaurantes, bares e similares, certamente conduziu a situações onde em determinados casos não se operou plena coincidência de valores, importando em distorção nos resultados apurados, com o conseqüentemente cerceamento ao direito de defesa ante a dificuldade patente de, em razão desse procedimento, desconstituir a presunção legal.

Convém ressaltar, que é comum, nesse ramo de atividade, ocorrerem pagamentos com cartões de bandeiras diversas e também parte em espécie, para uma mesma operação onde se emitiu apenas um cupom fiscal, situação esta que gera incerteza em relação as divergências que foram apuradas.

Vejo que o roteiro desenvolvido pela autuante (TEF x MFD – fitas detalhes diárias) pode ser perfeitamente aplicável em outras atividades, diferentemente do que ocorre em relação ao autuado, razão pela qual, entendo assistir razão em seus argumentos.

Por entender que a conversão do processo em diligência ensejaria, na prática, um novo procedimento fiscal pois seria empregado roteiro de fiscalização diverso do que aqui foi aplicado, com fundamento no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99 julgo nula a infração 02 ante aos vícios acima delineados, e recomendo a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas ora apontadas, observando-se o prazo decadencial.

As infrações 03 e 04 referem-se a falta de pagamento e pagamento a menos a título de antecipação parcial, nos valores respectivos de R\$2.361,99 e R\$968,38.

O autuado reconheceu parte do débito de ambas as infrações e efetuou os respectivos pagamentos com base nos benefícios do Programa Concilia Bahia, e impugnou as demais ocorrências, apontando, pormenorizadamente, os equívocos ocorridos em cada período da autuação. Este fato motivou a conversão do processo em diligência para que a autuante analisasse os argumentos defensivos e, se pertinentes, elaborasse novos demonstrativos de débito.

A autuante atendeu o quanto solicitado na diligência, fls. 230 a 238, onde, após produzir novos demonstrativos de débito relacionados as infrações 03 e 04, assim se posicionou:

Infração 03: Diz que após analisar as alegações do autuado retificou o demonstrativo referente a falta de pagamento da antecipação parcial, o qual, após as devidas correções remanesceu devido o valor de R\$1.588,14;

Infração 04: Tal como no item anterior, após as devidas correções, retificou o valor da exigência para a quantia de R\$713,84.

Considerando que o autuado, através dos seus patronos, foi cientificado do resultado da diligência de acordo com os documentos de fls. 243 e 244, porém não se pronunciou, acolho o resultado apresentado pela autuante através da peça de diligência, e julgo as infrações 03 e 04 nos valores respectivos de R\$1.588,14 e R\$ 713,84 na forma indicada nas planilhas de fls. 237 e 238.

No que diz respeito a infração 06 que trata de penalidades no total de R\$7.360,00 pela falta de apresentação do DAM no prazo regulamentar, o autuado reconheceu as infrações referentes às ocorrências verificadas em 30/04/2010, 31/07/2010, 31/10/2010 e 30/11/2010, tendo efetuado os respectivos pagamentos com base nos benefícios do Programa Concilia Bahia, tendo impugnado às demais ocorrências.

A autuante ao analisar os argumentos defensivos os acolheu em razão de que, efetivamente, a data de entrega era o dia 15 de cada mês por conta do faturamento anual do autuado ter sido inferior a R\$2.400.000,00. Manteve, entretanto, as penalidades relativas relação aos períodos de Abril/10, Julho/10, Outubro/10 e Novembro/10, com o que concordo.

Desta maneira, considero a infração 06 parcialmente procedente no valor de R\$1.840,00.

Em conclusão julgo o presente Auto de Infração Procedente em Parte, com a configuração abaixo, recomendando que os pagamentos efetuados sejam devidamente homologados pelo setor competente:

- Infração 01: R\$76.577,68 - Procedente em Parte – Multa de 60%;
- Infração 02: -o- - Nula
- Infração 03: R\$1.588,14 - Procedente em Parte – Multa de 60%;
- Infração 04: R\$713,84 - Procedente em Parte – Multa de 60%;
- Infração 05: R\$140,00 - Procedente
- Infração 06: R\$1.840,00 - Procedente em Parte
- Infração 07: R\$2.760,00 - Procedente
- Infração 08: R\$66.240,00 - Procedente
- Infração 09: R\$16.560,00 - Procedente

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206903.00076/15-3**, lavrado contra **NMH BAR E RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.879,66**, acrescido de multas de 60% previstas no art. 42, incisos II, alíneas "a" e "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$87.540,00**, previstas no art. 42, incisos XVIII "c", XV, "h" e XIII-A, alíneas "e", "j" e "L", do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal em relação ao item julgado nulo, devendo ser observado o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, em 03 de outubro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORRA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR