

A. I. Nº - 152848.0002/21-2
AUTUADO - BOCA DO RIO ELÉTRICA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIZETH GOMES PIRES
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0244-04/23-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA; **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO POR MEIO DE LEVANTAMENTO DE VENDA COM PAGAMENTO EFETUADO COM CARTÕES DE DÉBITO E/OU CRÉDITO EM VALOR INFERIOR AO INFORMADO PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva a demonstração da forma em que foi apurada a base de cálculo para efeito de exigência do imposto. Infrações 01 e 02 nulas; **c)** RECOLHIMENTO A MENOS. INFORMAÇÃO INCORRETA DA RECEITA DE VENDAS COM MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. A apuração levada a efeito pela autuante considerou corretamente as normas estabelecidas pelo programa AUDIG da SEFAZ, estando os fatos devidamente demonstrados. Acolhida a arguição parcial de decadência. Não acolhidas as arguições de nulidade. Infração 03 parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe **foi expedido em 22/02/2021, com ciência pelo autuado em 24/02/2021**, conforme Mensagem DT-e de fl. 73, por Agente de Tributos Estaduais lotada na Infaz Varejo, em desfavor de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, optante pelo Regime do Simples Nacional.

A exigência tributária perfaz o montante de R\$ 31.702,79, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- 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”*. Valor lançado R\$ 1.732,63 com multa de 75% tipificada no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

- 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”*. Valor lançado R\$ 3,66 com multa de 75% tipificada no Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

- Infração 03 – 17.04.01: *“Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado”*. Valor lançado R\$ 29.966,50 com multa de 75% tipificada no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 80 a 88, pugnando pela decadência parcial da infração 03, mês de janeiro/2016, por já haver transcorrido mais de 05 (cinco) anos da sua ocorrência, tendo em vista que a ciência do lançamento ter ocorrido no dia 24/02/2021.

Em seguida passou a suscitar a nulidade do Auto de Infração afirmando que teve muita dificuldade para interpretar os três lançamentos, haja vista que os demonstrativos que os compõem são carregados de pouco ou nenhuma objetividade, além de conter valores diferentes da peça principal do Auto de Infração, considerando-os imprestáveis ao fim que se destina, qual seja, o de comprovar a acusação fiscal.

Após mencionar argumentos jurídicos para robustecer seu posicionamento, citando, inclusive, a Constituição Federal e doutrina, concluiu pugnando pela nulidade do lançamento, com base no Art. 18, incisos II e IV “a” do RPAF/BA ante a existência de vícios que considera insanáveis, dentre eles *“a grave falta de compreensão dos documentos essenciais (planilhas) para o seguimento do feito ...”*.

Ao adentrar ao *“mérito”* da autuação, onde requereu a improcedência do Auto de Infração, se referiu a infração 01 argumentando que os demonstrativos que compõem a peça acusatória carecem de elementos básicos de identificação da infração, os quais considera confusos e, por vezes, não mostram o real cometimento da infração imputada, sendo que, os títulos apostos nos arquivos apresentados em meios magnéticos e impressos não possuem uma clara identificação a qual infração se referem.

Destacou que nesta infração em vários meses são cobrados valores irrisórios de R\$ 0,01 (um centavo), com total desprezo ao princípio da economia processual, acrescentando que não se consegue identificar nos 23 (vinte e três) demonstrativos apresentados pela autuante qual deles demonstra esses valores, colando um *print* do Anexo 3 para embasar seu argumento, acrescentando que, acaso seja essa planilha, ainda assim os valores e cálculos estão incorretos, observando que os valores reclamados de R\$ 0,01 não são coincidentes com o constante no demonstrativo que apontou à fl. 85, citando como exemplo o mês 04/2016 cuja exigência é de R\$ 0,01 enquanto que no relatório consta R\$ 52,36, ocorrendo o mesmo em relação aos demais meses nessa mesma condição, razão pela qual voltou a pleitear a nulidade da presente infração.

No que diz respeito a infração 02 pontuou que existe apenas um lançamento referente ao mês 01/17 no valor de R\$ 3,66 o qual não se encontra em nenhum demonstrativo que lhe foi apresentado, razão pela qual requereu sua nulidade.

Naquilo que se relaciona a infração 03 no valor de R\$ 29.966,50 disse que não existe no PAF nenhum relatório, planilha ou tabela que demonstre a lista de mercadorias da substituição tributária que subsidiaram os percentuais de proporcionalidade de ST lançada nos demonstrativos resumidos/genéricos que embasaram a infração e de que tenha considerado vendas de mercadorias não sujeitas à antecipação como se assim as fossem. Com base nesta argumentação requereu a nulidade da infração.

Após pleitear realização de diligência/perícia concluiu requerendo que seja declarada a nulidade do Auto de Infração ou sua improcedência.

A autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 96 a 98, citando que os argumentos defensivos são meramente protelatórios, sem nenhum fundamento e não contém nenhum fato que justifique tamanhas irregularidades, sendo a preliminar de nulidade suscitada totalmente descabida.

Em relação ao mérito ressaltou que a fiscalização foi respaldada dentro das normas tributárias

pertinentes, estando assim, acobertada dentro da mais absoluta legalidade, prevista no nosso ordenamento jurídico (Constituição Federal, CTN, RICMS/BA e Legislação do Regime Simplificado Nacional - SIMPLES NACIONAL).

Disse que o autuado não traz aos autos provas capazes de ilidir o feito fiscal e que sustentem suas alegações, não apontando de forma concreta, específica e objetiva quaisquer erros, falhas e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do imposto exigido, acrescentando que o autuado foi indicado para ser auditado tendo em vista que as declarações prestadas pelo mesmo no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional da Receita Federal estavam com divergências, passando a enumerá-las na forma abaixo:

Exercício de 2016 declarou no PGDAS mercadorias sem ST o valor de R\$ 1.169.593,34 e com ST o valor de R\$ 1.100.430,81, e, quando foi inserido no sistema AUDIG as informações necessárias, foi detectado que as mercadorias sem ST o valor aumentou para R\$ 1.260.732,44 e com ST o valor diminuiu para R\$ 1.009.264,71, gerando uma omissão nas mercadorias sem ST de R\$ 91.139,10. (Fls.15,16 e 17).

Exercício de 2017 declarou no PGDAS mercadorias sem ST o valor de R\$ 619.243,41 e com ST o valor de R\$ 952.402,93. Quando foi inserido no sistema AUDIG as informações necessárias, detectou que as mercadorias sem ST o valor aumentou para R\$ 708.835,26 e com ST o valor diminuiu para R\$ 863.784,60, gerando uma omissão nas mercadorias sem ST de R\$ 89.485,72. (Fls. 23, 24 e 25).

Exercício de 2018 declarou no PGDAS mercadorias sem ST o valor de R\$ 786.436,20 e com ST o valor de R\$ 750.805,77. Quando foi inserido no sistema AUDIG as informações necessárias, detectou que as mercadorias sem ST o valor aumentou para R\$ 1.065.132,11 e com ST o valor diminuiu para R\$ 472.109,86, gerando uma omissão nas mercadorias sem ST de R\$ 278.695,91. (Fls. 31, 32 e 33).

Exercício de 2019 declarou no PGDAS mercadorias sem ST o valor de R\$ 957.746,07 e com ST o valor de R\$ 908.257,41. Quando foi inserido no sistema AUDIG as informações necessárias, detectou que as mercadorias sem ST o valor aumentou para R\$ 1.207.524,52 e com ST o valor diminuiu para R\$ 658.478,96, gerando uma omissão nas mercadorias sem ST de R\$ 249.778,45. (Fls. 39, 40 e 41).

Exercício de 2020 declarou no PGDAS mercadorias sem ST o valor de R\$ 1.026.492,16 e com ST o valor de R\$ 968.487,83. Quando foi inserido no sistema AUDIG as informações necessárias, detectou que as mercadorias sem ST o valor aumentou para R\$ 1.259.551,83 e com ST o valor diminuiu para R\$ 735.428,16, gerando uma omissão nas mercadorias sem ST de R\$ 233.059,67. (Fls. 47, 48 e 49).

Com as considerações acima pontuou que nos exercícios de 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, o autuado praticou OMISSÃO DE RECEITA no valor de R\$ 942.158,85.

Ressaltou que o sistema AUDIG, é a ferramenta oficial da SEFAZ para fiscalizar as empresas enquadradas no Simples Nacional, onde são inseridas todas as informações fornecidas pelo contribuinte e outras constantes no sistema da SEFAZ, sendo que o cruzamento das informações/batimento é feito para que possa determinar a proporcionalidade devida das mercadorias com Substituição Tributária, conforme relatórios constantes do processo.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Em 28 de fevereiro de 2023 o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

“Quando da apresentação da Informação Fiscal, fls. 96 a 98, a autuante inseriu uma série de considerações que necessitam ser levadas ao conhecimento do autuado para que o mesmo se pronuncie sobre as mesmas, até mesmo para se evitar futura alegação de cerceamento de defesa.

Nesse sentido, deliberou esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pelo encaminhamento do presente PAF em diligência à Infaz de origem para que seja entregue ao autuado o inteiro teor da informação fiscal citada, com a concessão do prazo de 20 (vinte) dias para manifestação pelo mesmo.

Ocorrendo manifestação por parte do autuado, a autuante também deverá se pronunciar.

Atendidas as solicitações acima, o PAF deverá retornar ao CONSEF para prosseguimento da instrução e posterior julgamento”.

Em sua manifestação às fls. 106 a 108 o autuado inicialmente se reportou ao pedido de diligência citando que consta em seu bojo que *“a autuante inseriu uma série de considerações que precisam ser levadas ao conhecimento do autuado”*, entretanto, disse que não identificou essa *“série de considerações”*, relatadas no instrumento de diligência conforme assevera que restará provado.

Passou, em seguida, a contestar os argumentos da autuante que considerou como protelatórios seus argumentos, pois apresentou, a peça defensiva com argumentos fáticos, legais e técnicos, mencionando, inclusive, que a autuante não enfrentou o argumento de decadência que apresentou.

Em seguida passou a se reportar à infração 03, onde no item *“II.ii – Falta de informações nos demonstrativos da Infração 03”*, alegando que os argumentos apresentados não foram contestados na informação fiscal, onde a autuante apenas citou que o sistema utilizado é o oficial da Sefaz porém sem adentrar ao mérito do seu questionamento de que, diante da acusação fiscal teria segregado incorretamente as receitas de mercadorias da ST e das demais que não são da ST, sendo que as informações analíticas com as citadas mercadorias não foram fornecidas.

Disse que a acusação possui essa premissa como principal, porém a mesma não se encontra embasada com provas pois não existe nenhum demonstrativo apresentado que traga a discriminação de quais são estas mercadorias que são da ST e quais não são, de forma que se possa esclarecer se incorreu na infração, acrescentando que independentemente do sistema utilizado, a acusação carece de provas, que não constam dos autos, sendo apenas colacionados demonstrativos sintéticos, com a declaração de que foram indevidamente segregadas, não se sabendo quais as mercadorias, não havendo, portanto, como discutir o mérito.

No item *“II.iii – Incompreensão dos argumentos da informação fiscal”*, transcreveu o relatado pela autuante na informação fiscal em relação à infração 03, observando que a mesma não esclarece como e de onde resultou o aumento das mercadorias com ST e a consequente diminuição das mercadorias sem ST, pois não se sabe de que mercadorias está a se discutir, destacando que como pode ser acusado de omissão de receitas se o Fisco não quer discutir tecnicamente se as mercadorias comercializadas e que serviram de base para o cálculo da proporcionalidade das compras de mercadorias da ST/mercadorias normais foram apresentadas.

Sustentou que persiste o fato de que a autuante não trouxe elementos ou provas que subsidiem a acusação fiscal haja vista não se saber ao certo quais as mercadorias que foram supostamente classificadas de forma errada com sendo ST sem legalmente ser.

Requeru a nulidade da infração 03.

No que diz respeito a infração 01, disse que não foram contestados pela autuante os fatos que apresentou na defesa em que se demonstra objetivamente que existe divergência de valores entre o demonstrativo da infração e os valores lançados no auto, razão pela qual reiterou o pedido de nulidade desta infração.

Concluiu pugnando o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração ou sua improcedência.

A autuante se pronunciou à fl. 119 mantendo integralmente os argumentos apresentados na informação fiscal anterior, acrescentando que as novas alegações trazidas pelo autuado vierem desprovidas das provas necessárias e suficientes para sustentá-las, não tendo sido apontado

objetivamente quaisquer erros, falhas ou inconsistências em valores e/ou cálculos no levantamento fiscal que resultou nos valores exigidos.

Voltou a dizer que para as empresas enquadradas no Simples Nacional a ferramenta oficial de fiscalização utilizada é a AUDIG, onde são inseridas todas as informações disponíveis (notas fiscais de entradas e de saídas, ICMS recolhido, TEF, declaração PGDAS, arquivo MFD formato binário), e quando do batimento o cruzamento é feito pelas entradas (CFOP) para que a proporcionalidade seja feita de forma equânime, excluindo, assim, as mercadorias da substituição tributária (fls. 16, 24, 32, 40 e 48).

Concluiu mantendo na íntegra a autuação.

VOTO

Antes de adentrar ao exame dos argumentos defensivos, destaco que o presente Auto de Infração **foi expedido em 22/02/2021, com ciência pelo autuado em 24/02/2021**, conforme Mensagem DT-e de fl. 73, por Agente de Tributos Estaduais lotada na Infaz Varejo, em desfavor de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, optante pelo Regime do Simples Nacional. Portanto, atende a orientação da PGE/Profis no sentido de que, nessa época, a autuante se encontrava apta a proceder o lançamento combatido.

Consoante já relatado, a exigência tributária perfaz o montante de R\$ 31.702,79, mais multas, em decorrência das seguintes imputações:

- **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”*. Valor lançado R\$ 1.732,63 com multa de 75% tipificada no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

- **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”*. Valor lançado R\$ 3,66 com multa de 75% tipificada no Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

- **Infração 03 – 17.04.01:** *“Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação como se o ICMS já tivesse sido substituído ou antecipado”*. Valor lançado R\$ 29.966,50 com multa de 75% tipificada no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007.

Inicialmente faço o registro de que o autuado, de forma equivocada e inoportuna, se reportou ao pedido de diligência solicitada por esta 4ª JJF, citando que consta no bojo do pedido que *“a autuante inseriu uma série de considerações que precisam ser levadas ao conhecimento do autuado”*, entretanto, disse que não identificou essa *“série de considerações”*, relatadas no instrumento de diligência, o que não condiz com a realidade, visto que o pedido de diligência foi encaminhado justamente para oportunizar ao autuado tomar conhecimento dos esclarecimentos trazidos pela autuante quando da informação fiscal, os quais não estavam contidos na inicial. Desta maneira, considero que o argumento do autuado se deva ao fato de não ter lido ou lido sem a devida atenção o inteiro teor do pedido de diligência, mesmo porque, em sua manifestação, se reportou e contestou os argumentos apresentados pela autuante quando da informação fiscal.

Dito isto, passou a examinar, em primeiro lugar, os pedidos de nulidade suscitados pela defesa, onde o autuado pontuou que teve muita dificuldade para interpretar os três lançamentos, haja vista que os demonstrativos que os compõe são carregados de pouco ou nenhuma objetividade,

além de conter valores diferentes da peça principal do Auto de Infração, considerando-os imprestáveis ao fim que se destina, qual seja, o de comprovar a acusação fiscal.

Assim é que, em relação a infração 01, foi dito que os demonstrativos que compõem a peça acusatória carecem de elementos básicos de identificação da infração, os quais considera confusos e, por vezes, não mostram o real cometimento da infração imputada, sendo que, os títulos apostos nos arquivos apresentados em meios magnéticos e impressos não possuem uma clara identificação a qual infração se referem.

Destacou, também, que nesta infração em vários meses são cobrados valores irrisórios de R\$ 0,01 (um centavo), com total desprezo ao princípio da economia processual, acrescentando que não se consegue identificar nos 23 (vinte e três) demonstrativos apresentados pela autuante qual deles demonstra esses valores, colando um *print* do Anexo 3 para embasar seu argumento, acrescentando que, acaso seja essa planilha, ainda assim os valores e cálculos estão incorretos, observando que os valores reclamados de R\$ 0,01 não são coincidentes com o constante no demonstrativo que apontou à fl. 85, citando como exemplo o mês 04/2016 cuja exigência é de R\$ 0,01 enquanto que no relatório consta R\$ 52,36, ocorrendo o mesmo em relação aos demais meses nessa mesma condição, razão pela qual voltou a pleitear a nulidade da presente infração.

Os argumentos supra não foram enfrentados pela autuante, nas duas oportunidades que se pronunciou nos autos, cujos fatos passo a examinar.

Verificando as planilhas juntadas aos autos pela autuante, as quais são de complexo entendimento, não vislumbrei a presença daquelas que deem respaldo a acusação contida na infração 01, enquanto que os valores lançados ao longo do exercício de 2017, no valor unitário mensal de R\$ 0,01, dão a impressão que se revestem mais de aproximação de cálculos e não decorrentes de erros na determinação da receita.

Em vista disto, com fulcro no Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, julgo nula a infração 01 no valor de R\$ 1.732,63.

O mesmo ocorre em relação a infração 02 no valor de R\$ 3,66 que acusa a ocorrência no mês de janeiro/17 de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito/débito em valor inferior ao valor informado por instituição financeira.

Tal fato não se encontra demonstrado e confirmado nos autos, já que não consta a juntada dos TEF Diário emitidos pela instituição financeira, com a devida entrega ao autuado para se defender. Há de se ressaltar que em relação a todos os demais períodos envolvidos na fiscalização tal fato não foi constatado e, em se tratando de ocorrência do mês de janeiro, deveria ter sido analisada sua repercussão no período anterior considerando a data do recebimento/pagamento.

Por considerar totalmente insegura a acusação, com falta de comprovação do quanto acusado, voto pela nulidade da infração 02 com espeque no mesmo dispositivo regulamentar acima citado.

No que diz respeito a infração 03, entendo que os demonstrativos/planilhas juntadas aos autos pela autuante afastam a nulidade suscitada, razão pela qual, examinarei os argumentos defensivos considerando-os como sendo relacionados ao mérito.

Assim é que, como preliminar de mérito foi arguida pelo autuado a decadência do valor lançado no mês de janeiro/2016 no valor de R\$ 1.213,11, sob o argumento de que já havia transcorrido mais de 05 (cinco) anos de sua ocorrência quando da data de sua ciência do lançamento.

Realmente, de acordo com a intimação de fl. 73, o autuado foi cientificado do lançamento em 24/02/2021 quando já haviam transcorrido mais de cinco anos para a ocorrência identificada como sendo no dia 31/01/2016, nesta condição, como se trata de fato jurídico declarado pelo autuado, há de se aplicar a regra prevista pelo art. 150, § 4º do CTN, que considera como marco para contagem

do prazo decadencial a data de ocorrência do fato gerador.

Desta maneira, considerando que, conforme acima dito, na data da ciência do lançamento pelo autuado já havia decorrido mais de cinco anos da ocorrência do fato gerador verificado em 31/01/2016, portanto já havia operado a decadência do direito de o Estado exigir crédito tributário para esse período, pelo que fica excluída a exigência no valor de R\$ 1.213,11 referente a esta ocorrência indicada na infração 03.

Quanto aos demais períodos remanescentes, os argumentos defensivos apesar de tidos como de nulidade do lançamento, passo a aqui apreciá-los no âmbito do mérito por entender que assim eles se apresentam.

Assim é que, foi arguido que a autuante não enfrentou seus argumentos defensivos apenas mencionando que o sistema utilizado é o oficial da Sefaz, porém sem adentrar ao mérito do seu questionamento de que, diante da acusação fiscal teria segregado incorretamente as receitas de mercadorias da ST e das demais que não são da ST, sendo que as informações analíticas com as citadas mercadorias não foram fornecidas.

Disse que a acusação possui essa premissa como principal, porém a mesma não se encontra embasada com provas pois não existe nenhum demonstrativo apresentado que traga a discriminação de quais são estas mercadorias que são da ST e quais não são, de forma que se possa esclarecer se incorreu na infração, acrescentando que independentemente do sistema utilizado, a acusação carece de provas, que não constam dos autos, sendo apenas colacionados demonstrativos sintéticos, com a declaração de que foram indevidamente segregadas, não se sabendo quais as mercadorias, não havendo, portanto, como discutir o mérito.

Foi arguido também que a autuante não esclareceu como e de onde resultou o aumento das mercadorias com ST e a consequente diminuição das mercadorias sem ST, pois não se sabe de que mercadorias está a se discutir, destacando que como pode ser acusado de omissão de receitas se o Fisco não quer discutir tecnicamente se as mercadorias comercializadas e que serviram de base para o cálculo da proporcionalidade das compras de mercadorias da ST/mercadorias normais foram apresentadas.

Dá análise dos argumentos defensivos, aliados aos trazidos pela autuante, vejo que não assiste razão ao autuado. Isto porque, realmente, a auditoria fiscal levada a efeito em empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, obedecem ao roteiro de auditoria implementado pela SEFAZ, intitulado AUDIG. E isto se confirma através dos dados constantes nos Anexos 3, 2, 2-A, B e C todos elaborados pela autuante que confirmam os dados apurados pela mesma.

Aqui não se trata de conferir nota a nota ou se as mercadorias comercializadas e que serviram de base para o cálculo da proporcionalidade das compras de mercadorias da ST/mercadorias normais foram apresentadas, conforme assinalado pela defesa, mas, de inserir através da AUDIG, conforme dito pela autuante, *“todas as informações disponíveis (notas fiscais de entradas e de saídas, ICMS recolhido, TEF, declaração PGDAS, arquivo MFD formato binário), e quando do batimento o cruzamento é feito pelas entradas (CFOP) para que a proporcionalidade seja feita de forma equânime, excluindo, assim, as mercadorias da substituição tributária (fls. 16, 24, 32, 40 e 48)”*.

Desta maneira vejo que a autuante seguiu o roteiro específico de fiscalização acima mencionado, cuja apuração, ao contrário do quanto arguido pela defesa, neste caso espelha a infração apontada, não trazendo, o autuado, elementos defensivos capazes de desconstituir a acusação.

Nesta condição julgo parcialmente subsistente a infração 03 no valor de R\$ 28.753,39.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 28.753,39 sendo às infrações 01 e 02 nulas e a infração 03 parcialmente subsistente na forma acima demonstrada.

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 152848.0002/21-2, lavrado contra **BOCA DO RIO ELÉTRICA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 28.753,39**, acrescido da multa de 75% prevista pelo Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, Art. 44, inciso I, da Lei Federal nº 9.430/96 com redação dada pela Lei nº 11.488/2007, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR