

**PROCESSO** - A. I. Nº 232113.0004/11-4  
**RECORRENTE** - CINTRA & MORAES LTDA. (AÇOUGUE E PADARIA NOSSA SENHORA APARECIDA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0249-01/12  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 10/07/2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0197-12/13

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. A declaração de vendas feita pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração subsistente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Pedido de diligência/perícia não acolhido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos, neste ensejo, da análise e julgamento do Recurso Voluntário, formalizado contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual, através do Acórdão nº 0249-01/12, considerou Procedente Em Parte o Auto de Infração epigrafado, exigindo ICMS no valor de R\$94.499,31, acrescido de multas, em decorrência das seguintes infrações:

*Infração 01 - Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010. Exigência de ICMS no valor de R\$62.950,96 e sugerida a multa de 150% (art. 35 da LC 123/06; art. 44, I e §1º da Lei Federal 9.430/96, redação dada pela Lei 11.488/07);*

*Infração 02 - Deixar de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos, nos períodos de maio a dezembro de 2008, janeiro a dezembro 2009 e janeiro a dezembro 2010. Exigência de ICMS no valor de R\$31.548,35 e sugerida a multa de 75% (art. 35 da LC 123/06; art. 44, I da Lei Federal 9.430/96, redação dada pela Lei 11.488/07).*

O autuado, às fls. 34 a 37, apresentou impugnação, através da representante legal e o autuante prestou a informação fiscal de praxe (fls. 56 a 62), com a correção dos lançamentos indevidos ocorridos em duplicidade no exercício de 2010.

Às fls. 66 e 67, constam, respectivamente, novas manifestações do autuado e do autuante, para, em seguida, a JJF converter o PAF em diligência para a INFAZ de origem (fls. 70/71).

Prosseguindo, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Em Parte do Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

*“De plano afasto a nulidade suscitada pelo sujeito passivo sob a alegação de desrespeito aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica em razão da entrega de demonstrativos e planilhas em arquivos magnéticos sem a devida autenticação. A razão aduzida pela defesa não deve prosperar, ante a total ausência de veracidade, tendo em vista nos próprios Recibos de Recepção e Arquivos Eletrônicos, fls. 28, 29 e 54, recebidos pelo autuado, por intermédio de sua sócia Márcia Santos Moraes Cintra, constam que, inequivocamente, foram autenticados em 30/09/2011, em 25/11/11, fl. 54. Portanto, não há que se falar em ofensa alguma ao devido processo e muito menos ao princípio da segurança jurídica. Em relação especificamente à infração 02, também não assiste razão ao autuado ao suscitar nulidade por falta de precisão na identificação da infração, haja vista a indiscutível clareza da acusação fiscal, bem como, a discriminação nas planilhas da origem da base de cálculo para cada um dos períodos fiscalizados, o enquadramento legal e a correta indicação da multa. Tudo isso, robustecido e explicitado pela objetividade que se defendeu da acusação fiscal em sua impugnação. Logo, restam ultrapassadas as questões preliminares.*

*No mérito o lançamento em questão diz respeito a omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito - infração 01 e falta de recolhimento de valores referentes ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos - infração 02.*

*Em relação à infração 01, o sujeito passivo abraçou a tese defensiva de que a presunção fiscal não se configurou, pois jamais omitiu qualquer saída de mercadorias, asseverando que eventualmente pode ter acontecido vendas por meio de cartão de crédito registrada como vendas com dinheiro atribuindo ao fato de seu ECF não segregar as vendas em dinheiro e com cartão de crédito e de débito. Aduziu que sofreu ação fiscal anterior que resultou na lavratura do Auto de Infração de nº 298947.0082/06-2 com acusação fiscal semelhante, no qual restou comprovado através de diligência realizada pela ASTEC que seu ECF não apresentavam, à época, condições técnicas para separar os valores de vendas a vista dos valores relativos a vendas com cartões.*

*Ao compulsar os elementos dos autos que emergem do contraditório em torno dessa infração, constato que, ao contrário do alegado pelo autuado, os ECF de marca General, modelo G-903E consoante relatório “ECF Detalhado” do INC - SEFAZ, fls. 43 e 44, e do Anexo ao Ato COTEP/ICMS Nº 87/99, fls. 45 a 47, admitem 5 formas de pagamento com descrição programável em modo de intervenção. Portanto, descabe a alegação do autuado de que não existe a discriminação de vendas a crédito e a vista. Do mesmo modo, não deve prosperar a alegação de que em período anterior à presente autuação foi constatado pela ASTEC que os ECF não discriminavam a forma de pagamento uma vez que a discriminação é realizado em modo de intervenção.*

*É evidente que se os equipamentos ECF do autuado no período fiscalizado não apresentavam condições técnicas para separar os valores de vendas a vista dos valores relativos a vendas com cartões, mesmo nessa condição, poderia promover as comprovações cabíveis, apresentando à fiscalização a documentação fiscal correspondente a cada operação com pagamento mediante cartão de crédito ou de débito, conforme discriminação constante no relatório diário por operações TEF, cuja cópia lhe foi entregue.*

*Mesmo assim, com vistas à busca da verdade material, em pauta suplementar, esta Junta de Julgamento decidiu baixar os autos em diligência, fl. 70, para que o autuado comprovasse, independente da segregação da forma de pagamento pelo ECF, a emissão do documento fiscal correspondente para cada uma das operações realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito informadas pelas operadoras de cartão de crédito e de débito, como prova cabal capaz de elidir a acusação fiscal. No entanto, não se logrou êxito em face da não manifestação do sujeito passivo no prazo legalmente previsto, fls. 72 a 75.*

*Convém ressaltar que o fato de a receita informada na DASN ser superior à apresentada pelas administradoras de cartões em nada invalida a autuação, haja vista que a igualdade destas duas informações só ocorreria caso todas as vendas fossem efetuadas em cartões e não ocorresse qualquer omissão do registro de saídas, sendo evidente que houve vendas a vista e vendas efetuadas por meio de cartões, estas declaradas em valor inferior ao constatado.*

*Assim, resta demonstrado nos autos a ocorrência da presunção legal de omissão de saídas de mercadoria tributáveis, prevista no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que o autuado tivera condição de comprovar a improcedência da presunção, eis que, de posse dos demonstrativos de apuração e do Relatório TEF Diário por operações, fls. 28 a 30, poderia ter elidido a acusação fiscal, tanto em sede de defesa, como por ocasião da diligência, detectando valores porventura incluídos indevidamente no levantamento fiscal. Se não o fez, é porque não há erros nas informações prestadas pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões.*

*Verifico também que em relação ao exercício de 2010 a correção dos ajustes procedidos pelo autuante que, após verificar ter lançado por equívoco as notas fiscais de saída D-2 escrituradas no livro Registro de Saídas, ocasionando duplicidade em relação aos cupons fiscais, promoveu os ajustes necessários, conforme os novos demonstrativos de apuração e de débito, fls. 48 a 55, devidamente entregues ao autuado. Assim, o débito apurado inicialmente, de R\$29.690,92, “Coluna I”, fl. 26, passa para R\$28.073,80, “Coluna I”, fl. 53.*

*Assim resta parcialmente caracterizada a infração 01, cujo demonstrativo de débito, permanece inalterado em relação aos exercícios de 2008 e 2009, alterado em relação ao exercício de 2010 e refeito com base na coluna “I” da planilha “Total ICMS Segregado por Tipo de Infração”, fl. 53.*

*No que diz respeito à infração 02 que decorre da omissão apurada na infração 01 gerando não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos. O autuado não apresentou qualquer argumento capaz de elidir a acusação fiscal, uma vez que a infração encontra-se devidamente enunciada e com o débito exigido discriminado em demonstrativos de apuração e de débito, portanto, por restar comprovado nos autos o cometimento da infração pelo sujeito passivo, fica mantida parcialmente essa infração. Parcialmente porque, do mesmo modo que a infração 01, o autuado identificou equivoco ocasionando duplicidade em relação aos cupons fiscais, e promoveu os ajustes necessários, conforme os novos demonstrativos de apuração e de débito, fls. 48 a 55, devidamente entregues ao autuado. Assim, o débito apurado inicialmente, de R\$28.692,59, “Coluna K”, fl. 26, passa para R\$4.666,04, “Coluna K”, fl. 53.*

*Logo, resta também parcialmente caracterizada a infração 02, cujo demonstrativo de débito, permanece inalterado em relação aos exercícios de 2008 e 2009, alterado em relação ao exercício de 2010 refeito com base na coluna “K” da planilha “Total ICMS Segregado por Tipo de Infração”, fl. 53.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”*

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 101/106), apresentando um breve relato sobre a Decisão recorrida e, em seguida, protestando pela nulidade do Auto de Infração, em razão da falta de atendimento da regra de ser a diligência efetivada por fiscal estranho ao feito, “*em inobservância ao artigo 148 do próprio regulamento do PAF*” e asseverando que “*Desta forma mantemos o entendimento de que a Fazenda Estadual reclamou um crédito em duplicidade, de um exercício já fiscalizado emitida pela Secretaria da Fazenda atesta a lisura do pleito da requerente.*” (sic).

Sequenciando, reiterou o pedido de nulidade por cerceamento de defesa e descumprimento do devido processo legal, o qual, apesar de aventado na peça de defesa inicial, não foi apreciado pela Junta de Julgamento Fiscal.

A par disso, aduziu que “*Com efeito, mantemos o entendimento da realização de diligência, que permitiria identificar a legitimidade do crédito reclamado, o que, invariavelmente, levou o Autuante a realizar um levantamento, com todo o respeito, falho e sem consistência legal. A Diligência por fiscal estranho e a comprovação do exercício homologado é condição essencial para o pleno exercício do contraditório, o que devidamente analisado na Decisão impugnada, razão pela qual pugnamos pela nulidade.*” (sic).

Adentrando ao mérito, o Recorrente rebelou-se apenas com o decisório atinente à infração 01, a qual se reporta ao levantamento do ECF, alegando ser o equipamento programado por uma empresa credenciada, que, por motivo desconhecido, não elaborou os meios de pagamentos como deveria, efetivando somente aquele denominado “Dinheiro”, disso resultando terem sido muitas vendas com pagamento em cartão registradas como “Dinheiro”, fato que explica as diferenças dia a dia entre os valores informados pelas administradoras e os registrados nos ECF, salientando que “*as diferenças mensais inexistem e são essas que devem ser tomadas como base para a fiscalização. A despeito de a Legislação obrigar o contribuinte a informar o meio de pagamento correto nas operações, o suposto lapso nessa informação não caracteriza omissão de saídas e sim um descumprimento de obrigação acessória.*” (sic).

Destacou a importância de ser considerada a intenção do legislador no caso presente, uma vez que, quando se fala em presunção da omissão de saídas, a menos que o contribuinte comprove a sua ausência, se os valores informados pelo estabelecimento forem inferiores àqueles noticiados pelas administradoras de cartões, deveria ser entendido como referente às diferenças dos totais mensais e não das operações diárias, tendo em vista que, em virtude de provável informação errônea do meio de pagamento exato pelo contribuinte, tais diferenças sempre poderiam ocorrer, ainda mais em virtude de a legislação da Bahia não exigir integração do ECF com os cartões de crédito, sendo essa implementação opção dos contribuintes. Caso existisse a obrigatoriedade, automaticamente as vendas com cartões seriam objeto de respectivo comprovante de pagamento impresso no próprio ECF, vinculado ao Cupom Fiscal.

Repisou que, para haver justiça, o posicionamento correto seria analisar tão somente se houve diferenças totais mensais entre as informações enviadas pelo contribuinte para a SEFAZ e as emitidas pelas administradoras de cartões, citando e transcrevendo, como embasamento do seu entendimento, o art. 2º, § 3º, VI, do RICMS/97.

Em seguida, arguiu que, considerando ser o lançamento das vendas e a apuração do imposto devido efetuados mensalmente pelo contribuinte, a forma de comparação da modalidade deveria ser a mesma da apuração e se a legislação é omissa quanto à forma do procedimento e do período a ser tomado como parâmetro para comparação, o justo seria a adoção do art. 2º, § 2º, do RPAF, previsionando a adoção do procedimento menos oneroso para o requerente.

Em conclusão, renovou o pleito de o PAF ser convertido em diligência para a assessoria técnica do CONSEF, objetivando confirmar as alegações apresentadas, conforme prescreve o RPAF/BA e requereu o acolhimento do Recurso, objetivando a declaração de nulidade ou improcedência do presente PAF, *“com o reconhecimento por não ter sido aperfeiçoado o devido processo legal e nem constituírem matéria de fato”*, postulando, outrossim, que a Procuradoria do Estado, através de seu representante junto ao CONSEF, se manifestasse como *“custus legis”*, na forma do inciso I do artigo 118 do RPAF.

Encaminhado o PAF para emissão de Parecer, a PGE/PROFIS opinou pelo não provimento do Recurso, porquanto as razões recursais não afastavam a presunção legal apurada no levantamento fiscal relativamente à infração 01, bem como se encontravam desacompanhadas de qualquer prova capaz de embasar o deferimento.

Ressaltou que o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração em face da negativa da realização de diligência por fiscal estranho ao feito, entretanto, os autos foram convertidos em diligência em sede de julgamento de primeira instância, inexistindo a suscitada ofensa aos princípios da verdade material e ampla defesa.

De outra parte, destacou que a Lei do ICMS é clara e a presunção legal de omissão de saídas persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la, mediante produção de prova que lhe compete, a qual, no caso concreto, não fora efetuada pelo recorrente.

## VOTO

Consoante detalhadamente relatado, versa o presente Recurso Voluntário acerca da irresignação do sujeito passivo com a Decisão de primeira instância, a qual julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração epígrafado, imputando ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores àqueles fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, e o recolhimento a menos do ICMS, devido a erro na informação das receitas e/ou alíquota a menor, consubstanciados em duas infrações relativas ao período de 1º de janeiro de 2008 a 31 de dezembro de 2010.

O contribuinte, na sua súplica recursal, inicialmente, suscitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração em razão do desatendimento ao seu pleito de diligência realizada por fiscal estranho ao feito, desobedecida, assim, a regra do artigo 148 do RPAF, estando a Fazenda Estadual a reclamar um crédito em duplicidade e de um exercício já fiscalizado.

Sucedem que nenhuma razão assiste ao recorrente, de plano porque a 1ª JF, objetivando a busca da verdade material, baixou os autos em diligência para a INFAZ de origem, a fim de que o contribuinte comprovasse a emissão de documentos fiscais, independente da forma de pagamento pelo ECF, correspondente a cada uma das operações realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito, no entanto, o sujeito passivo desatendeu as intimações da Inspetoria para apresentação dos elementos informativos, inviabilizando o êxito da diligência, segundo se constata dos documentos de fls. 70 a 75 da procedimentalidade.

De outra parte, a tese de exigência do crédito em duplicidade, resultaria de um Auto de Infração lavrado em 2006, ou seja, bem anterior aos exercícios contemplados no lançamento da autuação sob comento, que se reporta a 2008, 2009 e 2010.

Outrossim, a suscitada ausência de apreciação do pedido de nulidade por cerceamento de defesa e descumprimento do devido processo legal pela Junta de Julgamento Fiscal não encontra guarida no feito, bastando, para se contrapor a argumentação, a simples leitura do primeiro parágrafo do acórdão hostilizado, onde, de modo claro e bem enfático, o relator aborda as questões das nulidades arguidas na defesa, rejeitando-as de forma fundamentada.

Cumprе ressaltar que se encontram totalmente atendidas, no PAF, as formalidades legais, porquanto determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza das infrações, estando discriminados, nos demonstrativos de débitos, os elementos que resultaram na apuração, bem como consignados, expressamente, os regramentos infringidos pelo sujeito passivo e a multa prevista na lei para as infrações imputadas, tendo sido fornecidos, ao sujeito passivo, os documentos previstos na legislação, bem como analisadas pela instância de piso todas as teses expostas na impugnação.

Destarte, restam inacolhidas as preliminares de nulidade invocadas pelo recorrente.

Igualmente não pode prosperar a reiterada postulação de conversão do feito em perícia/diligência para a ASTEC, uma vez que existentes diversos elementos probantes nos autos, tais como os documentos que instruíram o lançamento fiscal (fls. 09 a 30), principalmente os demonstrativos gerados pela utilização do sistema de auditoria “AUDIG”, o Relatório Diário de Operações TEF, além da Informação Fiscal de fls. 56 a 62, acompanhada dos demonstrativos revisados, os quais dão efetivo suporte à infração cometida, apresentando-se desnecessária a perícia fiscal, porquanto a prova do fato imputado ao contribuinte independe de conhecimento especializado, salientado o aspecto de o sujeito passivo não ter acostado, à sua peça recursal, qualquer demonstrativo ou informação que justificasse a produção da prova pretendida, isto é, capazes de ensejar a necessidade de esclarecimentos adicionais à definição da lide. Vale lembrado o fato relevante de que, em primeira instância, o contribuinte não atendeu à solicitação efetuada através de diligência, oportunidade que lhe foi dada para que comprovasse as suas alegações defensivas.

Frise-se que tal negativa encontra amparo na legislação processual administrativa baiana - RPAF/BA - precisamente no art. 147, agora rememorado:

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

*a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

*a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*

*b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”*

Meritoriamente, o Recorrente se concentrou na argumentação de que a metodologia utilizada pelo autuante, efetuando o confronto das informações diárias com os valores fornecidos pelas administradoras, seria incompatível com a hipótese de presunção legal prevista na legislação tributária vigente à época dos fatos, sustentando que deveria ter sido comparado o valor das vendas declaradas mensalmente pelo contribuinte com aquele informado pelas administradoras de cartão, demonstrando que não houve omissão de saída de mercadoria tributada, uma vez que os valores das vendas informadas ao Fisco foram superiores aos apontados pelas administradoras dos cartões de crédito/débito.

Ocorre que tal arguição não tem fundamento legal, porquanto a legislação do Processo Administrativo Fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação do lançamento mediante a produção de elementos probantes demonstradores da verdade material, o

que, na espécie versada, expressar-se-ia através de uma conciliação (casamento) das informações contidas no TEF – Relatório Diário de Operações com as notas ou cupons fiscais emitidos para cada operação autorizada pelas operadoras dos cartões de crédito/débito, apontadas individualmente no referido relatório.

É inexato o entendimento abstrato de que se os valores das vendas declaradas e tributadas forem superiores aos das realizadas mediante cartões estaria suficientemente justificado o fato de se encontrarem todos os valores incluídos nas saídas tributadas.

Por conseguinte, dúvidas inexistem de que o lançamento tributário se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, dispondo expressamente:

*“... declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.*

Ademais, estatui o artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/BA:

*“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:*

*....*

*VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”*

A presunção legal de omissão de saídas, prevista no dispositivo legal reproduzido, ocorre entre os números da mesma categoria, ou seja, venda por cartões de crédito/débito, não sendo plausível a tese do recorrente de que devem ser comparados os números apresentados pelas administradoras de cartões de crédito com os totais de vendas do contribuinte.

Com efeito, não tem cabimento se comparar as diversas modalidades de vendas realizadas em espécie, em cheque, em ticket, etc., com uma única espécie de pagamento, qual seja, a de cartão de crédito ou de débito fornecida pelas instituições e administradoras, posto que só se pode confrontar categorias iguais, apresentando-se de luminosidade solar o entendimento de que “os valores de vendas” a que a legislação se refere são relativos às vendas com cartão de crédito ou de débito, os quais serão cotejados com “os valores de vendas” de igual espécie, ou seja, os informados pelas financeiras.

Nesse contexto, a tese construída pelo contribuinte não é sustentável, já que carece de lógica e razoabilidade, porquanto os valores a serem comparados são os da mesma categoria, isto é, de vendas por cartões de crédito/débito.

Há de se ressaltar que caberia ao contribuinte programar o seu equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para efetuar o controle das vendas por modalidade, visando facilitar o confronto dos dados fornecidos pelas administradoras de cartões, consoante determina o art. 238, § 7º, do RICMS/BA, *verbis*:

*Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal...*

*(...)*

*§ 7º Deverá ser indicado no Cupom Fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.*

Portanto, há uma presunção legal não elidida, sendo do autuado a responsabilidade de trazer aos autos as provas, capazes de desconfigurar a imputação fiscal, do que, em nenhum momento, se desincumbiu, limitando-se a afirmar que efetuou vendas totais declaradas em valores superiores.

Ora, de acordo com o artigo 143 do RPAF/BA vigente, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Entretanto, considerando o formalismo mitigado que reveste o PAF, o contribuinte, em qualquer momento da tramitação processual, poderá produzir as provas que julgar necessárias à sua

defesa, até mesmo após o julgamento de 2ª Instância, em sede de Pedido de Controle da Legalidade.

No que concerne à infração 2, a qual não foi alvo de nenhuma contestação objetiva no Recurso Voluntário, dúvidas inexistem de que o sujeito passivo é contribuinte optante pelo regime tributário do Simples Nacional, e dita opção conduz à anuência de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, de acordo com a disposição dos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e parágrafos, sendo pressuposto básico a “receita bruta”, tanto para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo.

Daí a inexorável conclusão de que o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não investiga cada saída específica, mas o montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

Logo, não há equívoco no lançamento tributário, tendo o fisco corretamente imputado a exigência, aplicando as alíquotas condizentes com a receita bruta acumulada, conforme se verifica dos demonstrativos anexados aos autos, disso resultando a subsistência da infração e a improcedência de qualquer sustentação de irregularidade suscitada pelo contribuinte.

Quanto ao requerimento de manifestação da PGE, no feito, às fls. 112/113, encontra-se Parecer adunado aos autos, da lavra da ilustre Procuradora Dra. Maria Helena Cruz.

Concludentemente, versando o caso sob análise de presunção legal de omissão de saídas tributáveis, embasada no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96 e sendo decisivos, para ratificar a Decisão proferida pela primeira instância, os elementos constantes dos autos, especificamente os demonstrativos que os instruíram, incontroversa a exatidão da autuação, porquanto em estrita conformidade com os parâmetros legais aplicáveis aos contribuintes optantes pelo Regime do Simples Nacional.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

#### **VOTO DISCORDANTE (Quanto à questão de Nulidade)**

Em que pese o sempre brilhante e bem pautado voto do i. Conselheiro Relator, ousou discordar de seu posicionamento quanto a questão preliminar de nulidade por falta de clareza e precisão do lançamento tributário.

Nas questões preliminares, o Recorrente aduz que o Auto de Infração deveria ser considerado nulo, pois, não haveria clareza e precisão na identificação da infração 02, e que os cálculos nos demonstrativos fiscais seriam de difícil compreensão.

Mesmo sem fazer referência de maneira específica a legislação e aos princípios de direito, mas diante do princípio processual *da mihi factum et dabo tibi jus* (Dá-me o fato e te darei o direito), entendo que o Recorrente alega que o Lançamento não foi suficientemente claro em apontar a base de cálculos e os métodos de apuração realizados pela fiscalização, prejudicando a sua ampla defesa, o que incidiria em desrespeito ao quanto disposto no artigo 2º e no inciso III do art. 39, ambos do RPAF/BA, abaixo transcritos:

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

(...)

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

(...)

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

É de notória sabença, que todo Auto de Infração lançado pela fiscalização deverá ser claro, preciso e sucinto para que haja a compreensão pelo sujeito passivo daquilo que está sendo acusado. Compulsando os autos, entendo que não estão presentes esses requisitos fundamentais para que seja garantida a ampla defesa e o pleno contraditório. Muito pelo contrário. Os demonstrativos acostados aos autos são confusos e nada explicativos, uma vez que são gerados pelo programa AUDIG, de uma complexidade e falta de clareza que os tornam incompatíveis com as normas Regulamentares do Procedimento Administrativo Fiscal do Estado da Bahia de tal forma que se torna impossível contestar os números e fatos por ele apurados.

Não vejo, em hipótese nenhuma, como dizer ao contribuinte que tais demonstrativos são concisos, claros e precisos. Não é porque o Simples Nacional contemple uma cesta de tributos que não se possa dizer com clareza e precisão o quanto ele deve de ICMS e porquê se deve, sem que se tenha que recorrer a demonstrativos absurdamente confusos e explicações que não se coadunam com o espírito do Regime de Tributação do Simples Nacional.

Entendo que o presente Auto de Infração, nem de longe concretiza o quanto expresso no art. 1º da LC 123/06, e no art. 170, XI da nossa CF, referente ao tratamento diferenciado e favorecido previsto para as Microempresas.

Assim, pelos demonstrativos confusos e extensos que evidencia a complexidade dos cálculos e a impossibilidade de um microempresário averiguar os critérios de apuração do imposto, entendo que o Auto de Infração é nulo por não observar os requisitos previstos no art. 39, III, do RPAF/BA.

Considero as infrações 1 e 2 nulas.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULO o Auto de Infração em epígrafe.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232113.0004/11-4**, lavrado contra **CINTRA & MORAES LTDA. (AÇOUGUE E PADARIA NOSSA SENHORA APARECIDA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$68.855,65**, acrescido das multas de 150% sobre R\$61.333,85 e 75% sobre R\$7.521,80, previstas no art. 35, da Lei Complementar nº 123/96, e art. 44, I e §1º da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminares) – Conselheiros(as): Valnei Sousa Freire, Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira

VOTO DIVERGENTE (Preliminares) – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2013.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DIVERGENTE  
(Preliminares)

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS