

**PROCESSO** - A. I. Nº 152155.0002/14-6  
**RECORRENTE** - G LIMA ME  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0165-03/14  
**ORIGEM** - INFAS VAREJO  
**INTERNET** - 23.12.2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0395-12/14

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. IMPACTO DA PRESUNÇÃO DE SAÍDAS NÃO TRIBUTADAS NO ICMS A RECOLHER. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. O imposto a recolher sofre acréscimos em decorrência da inclusão, no faturamento, dos novos valores de saída apurados. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas 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. O autuado não elide a acusação fiscal. Infrações subsistentes. Não acolhida as preliminares de nulidade. Retificada a multa proposta para as infrações 1 e 2. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 22/06/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/03/2014, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 162.302,42 (cento e sessenta e dois mil trezentos e dois reais e quarenta e dois centavos) em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

*Infração 01. RV – Omissão de saída de mercadoria tributável, 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 meses de janeiro de 2012 a novembro de 2013. Exigido o valor de R\$82.778,36, acrescido da multa de 150%;*

*Infração 02. RV – Omissão de saída de mercadoria tributável, 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 meses de novembro e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$1.190,51, acrescido da multa de 150%;*

*Infração 03. RV – Recolhimento a menos 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 alíquota aplicada a menos, nos meses de março de 2012 a novembro de 2013. Exigido o valor de R\$72.003,97, acrescido da multa de 75%;*

**Infração 04. RV** – Recolhimento a menos ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de novembro e dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$6.329,58, acrescido da multa de 75%.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.60/69), suscitando preliminares de nulidade, bem como impugnou genericamente o mérito das infrações. Além disso, requereu a realização de diligência para prova o alegado.

A autuante apresentou sua informação fiscal (fls.93/97), em que requer a manutenção do lançamento em seu inteiro teor.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente o Auto de Infração nº 152155.0002/14-6, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$162.302,42**, acrescido da multa de 75%, no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais s, o que fez nos seguintes termos:

#### **VOTO**

*Inicialmente, o autuado alegou que inexiste infração uma vez que a autuante, com base em informações obtidas junto às administradoras de cartões de crédito, lhe acusou de ter efetuado vendas sem emissão das correspondentes notas fiscais. Aduziu, consoante previsão do inciso I do art. 1º do Dec. Lei nº 406/68, que a simples venda de mercadoria não é fato gerador do ICMS, mas a sua saída do estabelecimento comercial.*

*Fica patente que não deve prosperar a alegação da defesa, haja vista ser induvidoso que, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito de acordo com a alínea "b" do inciso VI do §4º, do art. 4º da Lei 7.014/96.*

*Quanto ao argumento defensivo de que ocorreria violação do sigilo bancário no intuito de se buscar indícios de infração tributária, constato que não tem fundamento a alegação, eis que de acordo com o art. 35-A da Lei 7.014/96, as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares. Convém salientar que o Convênio ECF 01/01, do qual o Estado da Bahia é signatário, também prevê que as informações sobre o faturamento de estabelecimento usuário de equipamento emissor de cupom fiscal - ECF serão prestadas ao fisco pelas administradoras de cartão. Portanto, em se tratando de expressa determinação legal, inexiste necessidade de autorização judicial para obter os referidos dados. Ademais, o sigilo sobre os dados obtidos pelo Fisco junto às administradoras é mantido, uma vez que somente são utilizados para apuração do ilícito tributário.*

*No tocante ao cerceamento de defesa suscitado pela ausência de relação individualizada das vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito, cuja saída correspondente foi realizada sem emissão de documentação fiscal, também não há como prosperar, pois resta inequivocamente evidenciado que o impugnante recebeu todos os demonstrativos de apuração e de débito, fls. 09 a 22, que juntamente com os arquivos, fl. 55, onde constam os Relatórios TEF diário por operação e Relatórios de Notas Fiscais discriminam pormenoradamente a origem dos valores exigidos. Logo, não há que falar em cerceamento de defesa.*

*Não deve prosperar o entendimento do defendente de que a autuação cuida de imposto declarado e não recolhido, e que por isso, inexistindo contencioso tributário, o débito deveria ser exigido por representação fiscal, e não por Auto de Infração. Eis que resta evidenciado nos autos que o levantamento fiscal apurou inequivocamente, por um lado, omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumida legalmente por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de débito ou crédito informado pelas administradoras de cartões e financeiras e, como consequência apurou recolhimento a menos por erro na declaração da receita bruta e aplicação da alíquota a menos. Assim, a autuação trata de efetiva omissão receitas e não de imposto declarado e não recolhido como se referiu o impugnante.*

*Rechaço também a nulidade argüida pelo impugnante por não ter identificado no Auto de Infração com clareza, os dispositivos legais dados por infringidos, a capitulação da penalidade e a descrição da legislação aplicável à correção monetária, bem como os juros utilizados para o cálculo das multas propostas. Constato que todas as infrações que compõem o Auto de Infração afiguram-se devidamente circunstanciadas com a nítida indicação do enquadramento legal, bem com consta expressamente a tipificação legal das multas propostas, preenchendo todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa.*

*Também não merece guarida o argumento articulado pela defesa de ilegalidade pela exclusão do*

estabelecimento autuado do Simples Nacional com fundamento em informações repassadas por administradora de cartão de crédito e débito. Inexiste nos autos qualquer indicação de que o estabelecimento foi excluído do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos por Microempresa e Empresa de Pequeno Porte - Simples Nacional. Ao contrário do que insinuou o impugnante, toda a apuração das irregularidades detectadas foi realizada em total observância da Lei Complementar nº 123/06. Constatou que, até as infrações 02 e 04, decorrentes da ultrapassagem do valor anual de receita bruta prevista na legislação, a alíquota 4,74% foi aplicada à parcela da receita bruta que excedeu os montantes determinados no §11 do art. 3º em consonância com a previsão de acréscimo de 20% sobre a alíquota máxima de 3,95%, determinada pelos §§17 e 17-A do art. 18 da LC nº 123/06, alterada pela LC nº 138/11. Logo, não há que se falar em exclusão do estabelecimento autuado do Simples Nacional.

Nestes termos, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendant, uma vez que o imposto e sua base de cálculo foram devidamente apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos e entregues ao sujeito passivo. Posto que, inexistentes os motivos elencados na legislação tributária de regência, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, indefiro o pedido com base no art. 147, inciso I, alínea "b", do RPAF-BA/99, tendo em vista que todos os demonstrativos de apuração e débito, inclusive relatórios discriminando individualizadamente a origem da exigência fiscal foram entregues ao defendant e que a diligência solicitada é destinada a verificar documentos que estão na posse do autuado e suas cópias poderiam ter sido juntadas aos autos (por amostragem), para comprovar o alegado.

No mérito o Auto de Infração é constituído de quatro infrações: 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 - infrações 01 e 02; e recolhimento a menos 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 alíquota aplicada a menos.

A apuração da exigência fiscal atinente às quatro infrações decorreu da aplicação de roteiro de auditoria utilizando o sistema AUDIG que, alimentado pela documentação fiscal do autuado, apresentada mediante intimação, fl. 23, e pelos Relatórios TEF diário por operações fornecidas pelas administradoras, gerou os demonstrativos de apuração e de débito, fls. 09 a 22, que juntamente com os Relatórios TEFs e de cotejamento com as correspondentes documentações fiscais emitidas, fl. 55, foram devidamente entregues ao sujeito passivo.

Em suas razões de defesa, o impugnante não suscitou nem apontou objetivamente qualquer inconsistência no levantamento fiscal elaborado pela autuante que resultou na exigência fiscal materializada nos quatro itens da autuação. Aduziu, tão-somente, que as notas fiscais não foram emitidas imediatamente, por se tratar de vendas de móveis, cuja emissão apenas era efetuada quando da entrega através de carroceiros adquirentes. No entanto, não carreou aos autos, nem se quer, por amostragem, qualquer comprovação inequívoca de sua alegação.

Os itens 01 e 02 trata de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro de 2010 a novembro de 2011.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no §4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, tendo sido entregue ao sujeito passivo o Relatório Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos na emissão da correspondente documentação fiscal de vendas emitida com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito. Logo, tratando-se de presunção de omissão de receitas, observo que o art. 34 da LC 123/06 estatui que se aplicam às empresas enquadradas no regime de tributação do Simples Nacional todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional. O sujeito passivo poderia elidir a presunção legal, tendo em vista que é ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, no entanto, não apresentou qualquer comprobatório.

Concluo pela procedência destes dois itens da autuação fiscal, conforme os demonstrativos elaborados pela autuante.

No levantamento fiscal, a autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita consolidada. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 03 e 04 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo I da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Como o defendant não apresentou comprovação de suas alegações defensivas, silenciando quanto ao aspecto fático da acusação fiscal, suscitando apenas a nulidade do Auto de Infração, esta atitude se enquadra no quanto

previsto nos artigos 140 e 142 do RPAF-BA/99, uma vez que não apresentando a defesa acompanhada das indispensáveis provas capazes de elidir a acusação fiscal em acordo com o previsto no art. 123 do citado regulamento, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas e a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Entendo restar caracterizada a irregularidade apontada no Auto de Infração, sendo devido o imposto apurado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e conlui também pela subsistência das infrações 03 e 04.

Em sua defesa, o autuado questiona, embora não nomine, a aplicação da taxa SELIC, porém, não obstante os abalizados argumentos trazidos pelo defensor, a aplicação dessa referida taxa está expressamente prevista na legislação tributária estadual - art. 102, §2º, inc. II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB) - não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Em relação à multa de 150% propostas para as infrações 01 e 02, com base no inciso I e §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/97, constato que o agravamento do percentual de 75%, estatuído no inciso I, para 150%, determinado no §1º, somente deve ser aplicado nos casos em que restar configurado inequivocamente na apuração da irregularidade a ação dolosa perpetrada pelo sujeito passivo. Condição essa sine qua non para que seja aplicado o agravamento da sanção, consoante a nítida inferência que resulta da inteleção do teor categórico dos artigos 71, 72 e 73 da Lei 4.502/64, a seguir reproduzidos, dispositivos legais indicados pelo §1º do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96.

“Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

Assim, como se evidencia nos autos que nenhuma das ações dolosas elencadas e qualificadas nos dispositivos legais acima indicados teve seu cometimento pelo autuado inequivocamente comprovado, a multa sugerida no Auto de Infração deve ser retificada para 75% prevista no inciso I do art. 44 da Lei Federal nº 9.430/96, eis que restou manifesto nos autos ser descabido o agravamento previsto no §1º do aludido artigo.

Assim, as infrações 01 e 02 restam caracterizadas com a retificação da multa para 75%.

No tocante à solicitação da defesa para redução da multa proposta na autuação, por entender que ofenderem ao princípio da capacidade contributiva, os direitos dos contribuintes, a defesa do consumidor e, principalmente, o art. 150 da Constituição, ressalto que as multas aplicadas encontram-se expressamente previstas na legislação de regência e, pelo art. 167, inciso I, do RPAF-BA/99, falece competência este órgão a competência para declaração de inconstitucionalidade. Eventuais pedidos de redução da multa decorrente do descumprimento de obrigação principal, devem ser requeridos à Câmara Superior do Conselho de Fazenda, nos termos do parágrafo 1º do art. 169 do RPAF-BA/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- a) Entendeu ser induvidoso, de que é presumível a ocorrência de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito;
- b) Também considerou que não houve violação do sigilo bancário, pois a previsão de que as administradoras de cartão deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas, está no

art. 35-A da Lei nº 7.014/96;

- c) Constatou que não houve cerceamento de defesa, já que o contribuinte recebeu todos os demonstrativos de apuração e de débito (fls.09/22), além dos Relatórios TEF (fls.55);
- d) Refutou ainda a alegação do autuado de que houve imposto declarado e não recolhido, com o argumento de que o levantamento fiscal apurou a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o que teria gerado a presunção legal de recolhimento a menos do tributo devido;
- e) Constatou que todas as infrações que compõem o lançamento afiguram-se devidamente circunstanciadas com a nítida indicação do enquadramento legal, bem como da tipificação legal das multas propostas. Além disso, também afastou a arguição de que o autuado teria sido excluído do Simples Nacional, com o argumento de que a apuração das irregularidades teria sido realizada em total conformidade com a LC nº 123/06;
- f) Indeferiu a requisição de diligência, com esteio no art. 147, I, “b”, do RPAF/99, por considerar que todos os demonstrativos de apuração e débito, inclusive relatórios discriminando individualizadamente a origem da exigência fiscal, foram entregues ao deficiente;
- g) Observou que, no mérito, o contribuinte não apontou objetivamente qualquer inconsistência no levantamento fiscal. Tão somente teria aduzido que por se tratar de vendas de móveis, a emissão das NF's se daria quando da entrega através de carroto. A junta considerou que o autuado não carreou aos autos qualquer comprovação de suas alegações;
- h) Concluiu pela procedência das infrações 1 e 2, com o argumento de que o art. 34 da LC 123/06, estatui que se aplicam às empresas enquadradas no Simples Nacional, todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações dos impostos e contribuições incluídos neste regime tributário;
- i) Também julgou procedente as infrações 3 e 4, pois entendeu que o autuado não apresentou comprovação de suas alegações, silenciando sobre o aspecto fático da acusação fiscal. Sendo assim, tal conduta se enquadraria no disposto nos artigos 140 e 142 do RPAF/99;
- j) Salientou que a aplicação da taxa SELIC está expressamente no art. 102, §2º, II, da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), e que a apreciação de questões relacionadas à sua constitucionalidade não poderiam ser apreciadas pela Junta;
- k) Pugnou ainda pela redução da multa aplicada pelo cometimento das infrações 1 e 2, pois considerou que não houvera ação dolosa por parte do contribuinte. Declarou assim, que deveria ser retificada a cobrança da multa para o patamar de 75%, conforme previsto no inciso I, do art. 44, da Lei Federal nº 9.430/96;
- l) Por fim, se manifestou sobre o pedido de redução da multa proposta, ao considerar que carece de competência para apreciar alegações de constitucionalidade. Ressaltou, no entanto, que as multas aplicadas encontram-se previstas no art. 167, I, do RPAF/99, bem como que seu pedido de redução deveria ser realizado frente à Câmara Superior do CONSEF, nos termos do §1º, do art. 169 do RPAF-BA/99.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 122/129) em relação à Decisão da JJF, que se compõe de peça processual exatamente igual à impugnação, argumentando que:

- i. A simples venda de mercadoria não se enquadraria como fato gerador do ICMS, somente incidiria o tributo quando da sua saída do estabelecimento comercial. Sendo assim, argumentou que os móveis alienados tinham suas notas fiscais emitidas quando entregues através de carroto;
- ii. Teria havido a quebra do sigilo bancário do recorrente, quando a fiscalização utilizou as informações de suas vendas com cartões de crédito e débito sem associá-los a outros dados, bem como, alegou que a LC nº 105/2001 exige a prévia existência de processo administrativo

para requisição de tais informações, o que tornaria ilegal a instauração de processo com base nestes dados;

- iii. Pugnou pela nulidade do AI, pois teria tido seu direito à ampla defesa sido cerceado, pelo fato da autuante não ter relacionado, uma a uma, as vendas informadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito, bem como a saída de cada mercadoria supostamente omitida;
- iv. O lançamento seria nulo, por desrespeitar o art. 149 do CTN, já que, segundo o recorrente, trata-se de imposto declarado e não recolhido, e que, portanto, caberia representação fiscal, ao invés da lavratura de Auto de Infração;
- v. Ainda em sede de nulidades, arguiu que o lançamento não identificou com clareza os dispositivos legais que teriam sido infringidos, bem como não teria descrito a legislação aplicável na correção monetária, e os juros que seriam utilizados para o cálculo das multas;
- vi. Argumentou ainda que o Auto de Infração, *sub judice*, padece de ilegalidade por ter desenquadrado o recorrente do Simples Nacional;
- vii. Por fim, requereu a redução das multas impostas pelo fiscal, que teria ferido o princípio da capacidade contributiva, os direitos dos contribuintes, a defesa do consumidor e, o art. 150 da CF/88, bem como, requereu a realização de diligência para provar suas alegações.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 136/140) opinou pelo Improvimento do Recurso voluntário, alegando que:

- i. As imputações fiscais estão devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual, e nos dados extraídos nos relatórios TEF diário, documentos fiscais e levantamentos fiscais constantes nos autos, bem como o lançamento tributário atende a todos os requisitos descritos no art.39, do RPAF/99;
- ii. Rechaçou todas as arguições de constitucionalidade feitas pelo recorrente, com base no art. 167, I, do RPAF/99. Não obstante, argumentou que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcançaria as multas;
- iii. Quanto à alegação do caráter abusivo da Taxa SELIC, entendeu que a mesma não pode ser apreciada pelo CONSEF, conforme o art. 167, II, do RPAF/BA. Frisou ainda, que a cobrança pela mora no pagamento é implementada pelos sistemas corporativos da SEFAZ, com respaldo no art. 51, da Lei nº 7.014/96 e no art. 102 da Lei nº 3.956/81, COTEB;
- iv. Argumentou ainda que o recorrente deveria encaminhar o pedido de dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação principal à Egrégia Câmara Superior do CONSEF, conforme o art. 159, do RPAF/BA;
- v. Considerou que deveriam ser rechaçadas as arguições de nulidade, com o argumento de que não se vislumbram no lançamento os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99, os quais ensejariam a nulidade do Auto de Infração;
- vi. Pugnou pelo indeferimento do pedido de diligência, por entender que os elementos probatórios constantes nos autos são suficientes à formação do convencimento dos julgadores, em consonância com o preceituado no art. 147, I, “b”, do RPAF/99;
- vii. Entendeu que a arguição de cerceamento de defesa não merece prosperar, pois o recorrente teria recebido todos os demonstrativos de apuração de débito, bem como dos relatórios TEF diário;
- viii. Considerou como impertinente a alegação de violação do sigilo bancário, já que é dever das administradoras de cartão de crédito e débito prestarem informações ao fisco estadual sobre os valores referentes a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto, conforme o art. 35-A, da Lei nº 7.014/96. Fora isso, argumentou que o Convênio ECF 01/01, do qual o Estado da Bahia é signatário também prevê este mesmo dever;

- ix. Entendeu ainda que o recorrente não carreou aos autos, nem sequer por amostragem, qualquer comprovação inequívoca capaz de afastar a exigência fiscal, bem como, afirmou que a presunção legal de omissão de saídas está prevista no §4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96;
- x. Foi do Parecer de que as empresas enquadradas no Simples Nacional estão sujeitas a todas as presunções de omissão de receita existentes na legislação dos impostos e contribuições incluídos no referido regime tributário, consoante com o art. 34 da LC 123/06;
- xi. Por fim, afirmou que a simples negativa do cometimento da infração não tem o condão de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme o art. 143 do RPAF.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 22/06/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 162.302,42 (cento e sessenta e dois mil trezentos e dois reais e quarenta e dois centavos) em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

As Infrações 1 e 2 tratam de omissão de saída de mercadoria tributada presumida, apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de janeiro de 2010 a novembro de 2011.

Após constatar tais omissões, a autuante adicionou às vendas declaradas os valores das omissões constatadas nos respectivos meses, apurando a receita consolidada. Com a nova receita calculada é que foram apurados os débitos constantes nas infrações 3 e 4 deste Auto de Infração, sendo observadas as alíquotas constantes no Anexo 1 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006.

Inicialmente verifico que o Recurso Voluntário apresentado é cópia quase que idêntica da impugnação apresentada. Ademais, da análise das razões de defesa e da Decisão recorrida, verifico que todas as alegações do contribuinte foram devidamente analisadas pela JJF e, entendo que de forma correta.

O Recurso Voluntário apresenta um emaranhado de requerimentos e preliminares e, no mérito nada alega quanto às Infrações.

Em sede de preliminares, alega resumidamente que: i) teria havido a quebra do sigilo bancário do recorrente; ii) pugnou pela nulidade do AI, pois teria tido seu direito à ampla defesa sido cerceado, pelo fato da autuante não ter relacionado, uma a uma, as vendas informadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito, bem como a saída de cada mercadoria supostamente omitida; iii) o lançamento seria nulo, por desrespeitar o art. 149 do CTN, já que, segundo o recorrente, trata-se de imposto declarado e não recolhido, e que, portanto, caberia representação fiscal, ao invés da lavratura de Auto de Infração, e; iv) arguiu que o lançamento não identificou com clareza os dispositivos legais que teriam sido infringidos, bem como não teria descrito a legislação aplicável na correção monetária, e os juros que seriam utilizados para o cálculo das multas.

Quanto à nulidade em razão da suposta quebra de sigilo bancário, verifico que a LC 105/2001 indicada pelo próprio recorrente possibilita que as instituições financeiras forneçam informações relativas às operações com cartão de crédito, na forma estabelecida por lei.

Por sua vez, o art. 35-A, da Lei nº 7.014/96, prevê o dever das administradoras de cartão de crédito e débito prestarem informações ao fisco estadual sobre os valores referentes a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto. Ademais, o Convênio ECF 01/01, do qual o Estado da Bahia é signatário também dispõe da mesma forma.

Assim, verifico que o fornecimento de informações prestadas pelas operações de cartão de

crédito está amparada por Lei. Por sua vez, o STJ já se manifestou em sede de Recurso Repetitivo sobre a possibilidade da utilização de tais informações no REsp 1134665 SP 2009/0067034-4, de relatoria do Min. Luiz Fux.

Ademais, caso o recorrente entenda que a Lei Estadual seria constitucional, ressalto que não está no âmbito de competência desta CJF analisar questões atinentes à constitucionalidade de lei, com base no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto à preliminar de nulidade fundada no fato da autuante não ter relacionado, uma a uma, as vendas informadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito, bem como a saída de cada mercadoria supostamente omitida, igualmente entendo não assistir razão ao Recorrente.

Da análise da mídia à fl. 51, verifico que dentre os papéis de trabalho que compõem o presente lançamento, devidamente recebidos pelo Recorrente (fl. 55), constam os Relatórios TEF por operação, em que há a discriminação de todas as operações realizadas por meio de cartão de crédito/débito.

Ademais, querer que o autuante indique, dentre essas, quais as operações efetivamente omitidas seria tarefa absurda e desnecessária, ainda mais diante da presunção legal aplicável ao caso concreto.

Quanto à preliminar de nulidade em razão de entender que o lançamento desrespeita o art. 149 do CTN, já que, segundo o recorrente, trata-se de imposto declarado e não recolhido, e que, portanto, caberia representação fiscal, ao invés da lavratura de Auto de Infração, entendo ser absolutamente descabida.

O caso concreto trata exatamente do contrário, o Recorrente declarou e recolheu menos do que efetivamente faturou.

Por último, quanto à alegação de nulidade fundada no fato de que o lançamento não identificou com clareza os dispositivos legais que teriam sido infringidos, bem como não teria descrito a legislação aplicável na correção monetária, e os juros que seriam utilizados para o cálculo das multas, igualmente entendo não assistir razão ao recorrente.

Analizando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigo 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

Em razão do quanto exposto, NÃO ACOLHO as PRELIMINARES DE NULIDADE arguídas pelo Recorrente.

Quanto ao pedido de diligência realizado, verifico que da análise do art. 137 do RPAF chega-se à conclusão de que é de competência do Relator propor a realização de diligência ou perícia, seja de ofício ou a pedido da parte, se entender como necessária para esclarecimento de dúvidas e saneamento do processo.

Por sua vez, o art. 147 do mesmo regulamento processual dispõe que deve o Relator indeferir a produção de prova quando entender restarem presentes todos os elementos de prova necessários nos autos, ou quando a análise não dependa de conhecimento especial de técnicos.

No caso concreto, entendo que todos os elementos de prova necessários à solução da lide encontram-se presentes no processo administrativo, razão pela qual torna-se desnecessária a realização da diligência. Outrossim, verifico que o Recorrente não se opõe, de forma concreta, a nenhum erro ou incorreção cometido pelo agente autuante.

A matéria é eminentemente fática, e decorre de presunção que apenas pode ser elidida por prova material a ser trazida aos autos pelo recorrente, que assim não fez.

No mérito, o Recorrente apenas defende a inocorrência das infrações pois, segundo ele, o fato gerador do ICMS não é a venda da mercadoria no cartão, mas sim a posterior saída física com a respectiva emissão da nota fiscal.

Entendo não assistir razão ao Recorrente uma vez que o imposto estadual incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e não apenas sobre a saída física.

Outrossim, no caso concreto verifico que, mediante a opção pelo SIMPLES, o contribuinte passa a recolher o imposto estadual com base na sua Receita Bruta. Desta feita, tendo efetuado a venda no cartão de crédito/débito, independente do momento de entrega da mercadoria, é devido o recolhimento do imposto.

Ademais, aduz ser ilegal a sua exclusão do SIMPLES. Ocorre que isso não aconteceu, o que se está cobrando no presente lançamento é o imposto devido em razão das operações omitidas, mas adotando-se as regras do próprio SIMPLES, o que apenas confirma que o contribuinte não fora excluído do programa.

Quanto às alegações de abusividade, ilegalidade e constitucionalidade das multas aplicadas, ressalto não ser de competência desta CJF apreciar tais argumentos, com base no art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento das multas aplicadas, conforme dispõe o art. 159 do RPAF/BA, não compete a esta CJF apreciar.

Ademais, devo ressaltar que a simples negativa do cometimento da infração não tem o condão de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme dispõe o art. 143 do RPAF.

Em tempo, ressalto que agiu bem a JJF na correção da multa aplicada nas infrações 1 e 2 de 150% para 75% uma vez não restar comprovado o dolo do contribuinte.

Assim, diante de tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do RECURSO VOLUNTÁRIO.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 o Auto de Infração nº 152155.0002/14-6, lavrado contra G LIMA ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$162.302,42, acrescido da multa de 75%, no art. 35 da LC 123/06; art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS