

**A. I. Nº** - 210763.0011/13-8  
**AUTUADO** - MINIE BABY COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - HÉLVIA BRIGLIA CANUTO  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 05.05.2014

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0032-06/14**

**EMENTA:** ICMS. SIMPLES NACIONAL. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor. Exigências subsistentes. Rejeitado o pedido de nulidade. Modificado o percentual da multa aplicado na infração 2, que passa para 75% (art. 44, I, Lei nº 9.430/96), pois não estamos diante de fato que atraia a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/96). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/11/13, exige ICMS no valor de R\$9.578,97, em razão das seguintes infrações:

**INFRAÇÃO 1** - Efetuiu 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 não recolhimento de parte do ICMS, por erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor. Período: de julho de 2010 a dezembro de 2011. ICMS: R\$4.995,90. Multa de 75%.

**INFRAÇÃO 2** - Deixou de recolher o ICMS em razão de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, presumidas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões. Períodos: de julho de 2010 a dezembro de 2011. ICMS: R\$4.583,07. Multa de 150%.

O autuado apresenta defesa (fls. 26 a 40) e, inicialmente, solicita que a exigibilidade do crédito tributário seja suspensa para evitar dano de difícil reparação, uma vez que já se encontra devidamente recolhida a antecipação parcial cobrada no presente Auto de Infração.

Após efetuar uma síntese dos fatos, diz que foi autuado em decorrência de um confronto de mero extrato de cartão de crédito, sem nenhum valor legal, feito por terceiros e passível de correções futuras. Informa que tal documento é apenas uma lista de vendas pretéritas realizadas via cartão de crédito, onde o item “data de apresentação” corresponde à data acordada para o débito no cartão de crédito, o que chama de “predatamento” do cartão/vendas. Menciona que o item “data do crédito” corresponde à data do pagamento feito ao vendedor, dentro de um período de trinta dias após a data do “predatamento” do cartão, conforme contrato entre as partes. Dessa forma, conclui que não há nenhuma relação fática entre a “data da apresentação” com a data da venda no talão consumidor.

Diz que para todas as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito e débito foram emitidas notas fiscais de saídas de mercadorias e, como todas as notas fiscais foram apresentadas à fiscalização, não sonegou receita. Classifica como temerário associar informações extraídas de um documento sem valor legal, sem assinatura, passível de correção futura, feito unilateralmente por terceiro, para servir suporte à imposição de multa exorbitante, superior ao faturamento mensal bruto da empresa. Diz que esse fato agride o ordenamento jurídico em favor das microempresas, em particular o art. 5º, II e LV, da Constituição Federal, sem prejuízo do disposto no inc. IV do art. 150 do mesmo Diploma Legal. Frisa que o documento (Extrato do Cartão) que serviu de suporte para a autuação é imprestável para exigir ou presumir crédito tributário.

Questiona a legalidade do Auto de Infração, sob o argumento de que só pode haver a quebra de sigilo fiscal com autorização judicial e apenas após a instauração de processo administrativo.

Sustenta que não lhe foi apresentado o relatório TEF para que fossem confrontadas as informações das operadoras com os valores constantes nas notas fiscais emitidas. Aduz que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se posicionado contra o uso de dados obtidos de cartões de crédito ou débito, conforme doutrina e jurisprudência que reproduz. Menciona que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu recentemente sobre a impossibilidade de o Fisco quebrar sigilo fiscal sem autorização judicial. Faz alusão a decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e, em seguida, tece longos comentários acerca do entendimento de advogados, os quais, em apertada síntese, sustentam que a quebra de sigilo sem autorização judicial é ilegal e que decisões de órgãos julgadores administrativos sobre a matéria podem ser anuladas no âmbito do Poder Judiciário.

Sem deixar claro se está se referindo a uma linha de defesa adotada em outro processo ou se está tratando do presente caso, o autuado assim se pronuncia:

*Nesse sentido prevê o Art. 55, senão vejamos. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:...II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacompanhada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos: Relatório de Operações TEF, o Fisco autuou valendo-se, para tanto, de levantamento realizado a partir de informações de terceiros, quais sejam, administradoras de cartões de créditos; - a Fiscalização presumiu a ocultação de operações de vendas como se o cálculo apurado a partir do confronto das informações passadas pelas operadoras com as informações constantes dos registros dos contribuintes permitisse a simples e pura conclusão pela ocorrência do fato gerador do ICMS; o levantamento fiscal realizado não comprovou a ocorrência de uma venda e sequer de uma saída de mercadoria sem a respectiva emissão de nota fiscal já que foram apresentados todos os talões de notas fiscais emitidas; as informações transmitidas pelas operadoras de cartões de crédito e débito não tem o condão de convalidar os valores informados por elas em verdadeiras operações mercantis; o Fisco presumiu que o total das operações efetuadas com cartões decorreu de operações mercantis, o que, pois, não é verdade; o malgrado levantamento que se prestou a arbitrar a base de cálculo do ICMS, não serve, por si só, para comprovar a materialidade do fato gerador tributário; para que se pudesse aplicar a multa aqui impugnada, necessária seria a comprovação de que as diferenças encontradas efetivamente se referem a receitas relativas à circulação de mercadorias com transferência de titularidade, sob pena de cobrar tributo fictício; em qualquer levantamento fiscal que queira se aproximar da realidade a hipótese construída para o levantamento fiscal até poderia ser estruturalmente lógica, não fosse o fato de fundar-se em premissa equivocada e não comprovada; não se admite, dessarte, qualquer lançamento que não atenda à regra da tipicidade cerrada, pois é aí que se assenta o Estado Democrático de Direito; não há sequer indícios sobre se houve tais operações, em que condições foram realizadas, quais mercadorias saíram de seu estabelecimento; cita o art. 142 do Código Tributário Nacional e doutrina sobre o tema; o dever, a obrigação e o ônus do lançamento são, exclusivamente, de quem lança, no caso a Fiscalização Fazendária do Estado da Bahia, e, para lançar devem ser obedecidos os princípios da tipicidade cerrada (legalidade); o levantamento fiscal, em que pesem os esforços de sua justificação e o detalhado trabalho realizado pelos Fiscais, não identifica todos os elementos necessários para apresentar um resultado líquido, certo e exato; o Código Tributário Nacional, como lei complementar da Constituição, é veículo único e adequado para hospedar normas gerais de direito tributário, de forma enfática, no seu art. 148, exigindo que os arbitramentos tenham que nascer de processos regulares, e, que em caso de contestação, fica assegurada a avaliação contraditória; além da ofensa ao princípio da legalidade e da presunção de inocência, o presente lançamento está impondo o insuportável ônus de produzir prova negativa; a partir do instante em que o Fisco faz uma imputação dessa monta ao contribuinte, cabe a ele, comprovar, de forma detalhada, o que*

*alega e o argumento de presunção de legitimidade dos atos da administração, por si só, não é suficiente para afastar as premissas ventiladas; deveria o Fisco, partindo dos supostos indícios apurados com as informações prestadas pelas administradoras de cartões, realizar outras provas, no sentido de demonstrar, de forma inequívoca, a ocorrência do fato gerador, ou seja, da circulação de mercadoria, o que não ocorreu no caso; discorre sobre a impossibilidade de se aplicar, concomitantemente, multa de revalidação e isolada, bem como sustenta que as multas aplicadas ofendem os princípios da proporcionalidade e do não confisco.*

Prosseguindo, o autuado afirma que a exigência fiscal torna a sua atividade inviável e lhe tira o direito de concorrer em igualdade de condições com os demais contribuintes, ferindo, assim, princípios constitucionais, inclusive o da capacidade contributiva. Frisa que pagar por imposto que já está pago tem efeito de confisco, o que é vedado pelo art. 150, inc. IV, da Constituição Federal.

Discorre sobre o regime do Simples Nacional e diz que é uma microempresa enquadrada nesse citado regime. Menciona que no regime do Simples nacional o imposto é recolhido mediante arrecadação unificada, aplicando-se a alíquota prevista no Anexo I da Lei Complementar nº 123/06.

Sustenta que os valores cobrados a título de multa e juros são exorbitantes e afrontam a legislação brasileira e os princípios constitucionais da capacidade econômica e da vedação de confisco. Aduz que a vedação ao confisco se aplica ao crédito tributário na sua acepção mais ampla, abrangendo tanto as penalidades fiscais como os tributos. Cita farta doutrina.

Afirma que as multas acrescidas do principal criam uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita. Menciona que, conforme a legislação em vigor, as multas somente poderiam ser de 2% do valor corrigido, e não nos percentuais que foram aplicadas. Diz que os juros, conforme é disposto pelo Código Tributário Nacional, é de 1% ao mês. Transcreve doutrina, jurisprudência e dispositivos legais, tudo para respaldar seu argumento.

Sustenta que a multa e os juros, se mantida a presente autuação, devem ser reduzidos aos parâmetros legais e convencionais (2% e 1%, respectivamente).

Ao finalizar, o autuado solicita que seja deferida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e que, em seguida, o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 44 a 50, a autuante afirma que os argumentos defensivos não elidem a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis e nem o recolhimento a menos de ICMS declarado, apesar de o autuado ter recebido cópia das planilhas de apuração do débito (fls. 07 e 08).

Ressalta que a autuação não trata de falta de recolhimento de antecipação parcial e, em seguida, explica que os demonstrativos que respaldam o Auto de Infração foram elaborados com base nos dados constantes dos arquivos da SEFAZ, assim como em informações obtidas de levantamentos das vendas constantes nos documentos fiscais emitidos e fornecidos pelo autuado. Diz que, do cruzamento desses dados, foram apuradas as infrações que originam o lançamento de ofício.

Afirma que o autuado, em sua peça defensiva, alega que o crédito tributário não procede sem, no entanto, apresentar qualquer fundamentação ou prova dessa improcedência.

Após transcrever o disposto no art. 824-W, §§ 1º e 2º, do RICMS-BA/97, diz que as transferências eletrônicas de fundos (TEF) são operações ou prestações tributáveis, informadas por administradoras de cartão de crédito ou débito, sendo que o autuado declarou valores inferiores aos informados nos Relatórios TEF.

Menciona que o autuado apresentou alegações infundadas e estranhas ao feito, principalmente porque o Estado da Bahia possui legislação própria sobre a matéria tratada no Auto de Infração.

Sustenta que não há o que se falar em questões econômicas e tributação com efeitos de confisco, já que tal argumento carece de lógica e coerência.

Ao finalizar, sugere que o Auto de infração seja julgado procedente.

## VOTO

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, ter recolhido a menos ICMS por erro na informação da receita e/ou alíquota (infração 1) e de ter deixado de recolher o citado imposto estadual em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento das vendas pagas por meio de cartão de crédito/débito (infração 2).

Inicialmente, ressalto que a teor do disposto no art. 151, inc. III, do Código Tributário Nacional, as defesas e os recursos interpostos em sede administrativa suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Dessa forma, a interposição da defesa tempestiva pelo autuado já possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário referente ao Auto de Infração em epígrafe.

Questiona o autuado a legalidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o sigilo bancário só pode ser quebrado com autorização judicial e após instaurado o devido processo administrativo.

O fornecimento de dados de contribuintes por instituições financeiras e por empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito encontra-se previsto no artigo 35 da Lei nº 7.014/96, conforme transcrevo abaixo para um melhor entendimento, o que afasta a pretensa ilegalidade do procedimento:

*Art. 35-A. 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.*

*Parágrafo único. O regulamento disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.*

Ademais, não se pode olvidar 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.

O autuado faz alusão a cerceamento de defesa e diz que não recebeu cópia dos Relatórios TEF's. Todavia, esse argumento defensivo não merece prosperar, pois o recibo de fl. 8 comprova que o autuado recebeu cópia de CD-ROM com os Relatórios TEF's diários e com os demonstrativos que embasam o lançamento. Além disso, observo que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária estadual, tendo sido observado o disposto no artigo 39 do RPAF/99, os fatos apurados foram descritos de forma satisfatória, o enquadramento legal das infrações e das multas estão corretos, o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que permitem a apuração da infração, do infrator e do montante devido. Dessa forma, o direito a ampla defesa e ao contraditório foi exercido sem qualquer restrição.

Adentrando ao mérito, passo inicialmente a apreciar a infração 2, a qual trata da falta de recolhimento de ICMS apurado por meio de levantamento das vendas pagas com cartão de crédito e/ou de débito.

Em sua defesa, o autuado sustenta que os Relatórios TEF's não se prestam para embasar a exigência fiscal, pois são referentes a vendas pretéritas e, além disso, a data de apresentação não corresponde à data da venda.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois uma consulta aos Relatórios TEF's acostados ao processo deixa evidente que as datas ali constantes são referentes às datas das vendas. Esse entendimento, diga-se de passagem, é o que vem sendo rotineiramente adotado nas ações fiscais e nas decisões proferidas neste Conselho de Fazenda.

A infração 2 tem enquadramento no art. 4º, § 4º, VI, “b”, da Lei nº 7.014/96. Trata-se, portanto, de uma exigência fiscal baseada em uma presunção relativa, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência do fato presumido.

Visando elidir essa presunção legal, o autuado afirma que os valores devidos já foram recolhidos mediante o pagamento da antecipação parcial do ICMS.

Esse argumento defensivo não elide a infração em comento, pois o Auto de Infração não trata da falta de recolhimento de antecipação parcial e, além disso, não existe previsão para a compensação, por parte de empresa optante pelo Simples Nacional, do imposto pago a título de antecipação parcial. Essa vedação à compensação do ICMS pago a título da antecipação parcial decorre da Lei Complementar nº 123/06 que, no seu artigo 23, determina que as empresas optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação de crédito fiscal. Por sua vez, o disposto no § 1º do art. 13 do mesmo diploma legal prevê que o recolhimento do imposto na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS referente à antecipação parcial.

Pela análise das peças processuais, verifico que existem divergências entre os valores das operações declarados pelo contribuinte e aqueles informados pelas administradoras dos cartões de crédito e débito. Dessa forma, a autuante quantificou as omissões de receitas, identificou as alíquotas de ICMS aplicáveis e calculou o valor devido. Procedimento similar foi observado para todo o período do levantamento, conforme demonstrativos de fls. 10 a 23. Ressalto que na auditoria fiscal não houve arbitramento de base de cálculo do imposto, a presunção utilizada está autorizada por lei e o defendente não provou a existência de operações com o imposto pago por substituição tributária.

O tratamento diferenciado previsto para os optantes pelo Simples Nacional foi respeitado, tendo sido o imposto calculado mediante a aplicação das alíquotas previstas nesse regime simplificado, não havendo, assim, como prosperar as alegações defensivas atinentes ao princípio da capacidade contributiva. Do mesmo modo, não merece acolhimento o alegado confisco, uma vez que a autuação está embasada na legislação tributária, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação.

Em face ao acima exposto, o autuado não logra elidir a presunção legal que embasa a infração 02 e, em consequência, as omissões de receitas restam caracterizadas e, portanto, essa referida infração subsiste integralmente.

Em decorrência da omissão de receita detectada na infração 2, o autuado, igualmente, declarou a menos o valor devido mensalmente, na qualidade de empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, nos termos do artigo 18 da Lei Complementar nº 123, que instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL. Resta também caracterizada a infração 01, conforme foi apurado pela autuante na ação fiscal.

Com relação à falta de proporcionalidade e ao caráter confiscatório da multa, destaco que a regra estabelecida pelo art. 125, I, do COTEB, retira deste órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo. Do mesmo modo, não se sustenta o argumento atinente aos juros de mora, pois estão expressamente previstos no art. 102 do COTEB, não cabendo a discussão da sua legalidade ou constitucionalidade.

No entanto, assiste razão ao autuado quanto ao percentual da multa consignado na infração 02, tendo em vista que a penalidade de 150% não está corretamente aplicada. A multa de 75% somente deverá ser duplicada diante da existência de dolo, fraude ou conluio, figuras que não se presumem, conforme estabelece o art. 71 da Lei nº 4.502/64. Portanto, a multa correta a ser aplicada é de 75% (art. 44, I, Lei nº 9.430/96), pois não estamos diante de fato que atraia a aplicação da multa qualificada de 150% (art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/96).

No que tange ao pedido de dispensa ou redução de multa, ressalto que tal pleito não pode ser atendido, pois, por se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal. Já quanto à solicitação para a redução dos acréscimos moratórios, o pedido não pode ser atendido por falta de amparo legal.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, modificando, porém, a multa aplicada na infração 2 para 75%.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210763.0011/13-8**, lavrado contra **MINIE BABY COMÉRCIO CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.578,97**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da LC nº 123/06, c/c o art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – JULGADORA