

**PROCESSO** - A. I. N° 210316.0009/15-6  
**RECORRENTE** - ZUM BABY COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. - EPP  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6<sup>a</sup> JJF n° 0051-06/16  
**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 02/05/2017

## 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0065-11/17

**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)** RECOLHIMENTO A MENOS. Provado erro na informação da receita e alíquota aplicada a menor; **b)** 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. Exigências subsistentes. Deve-se aplicar a multa de 75% para as duas exações fiscais, de acordo com a jurisprudência atual deste CONSEF, por não se configurar existência de dolo, sonegação, fraude e conluio. Rejeitadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 6<sup>a</sup> JJF que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/2015, o qual exige ICMS no valor de R\$47.171,76, relativo aos exercícios de 2011 a 2014, conforme documentos às fls. 13 a 25 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

*Infração 1 – Efetuou 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, no valor de R\$7.258,52, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.*

*Infração 2 – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, com dolo, implicando no ICMS exigido de R\$39.913,24.*

Após instrução processual, a referida JJF entendeu pela Procedência em Parte nos seguintes termos:

### VOTO

*Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor total de R\$47.171,76, apurado pelo Regime Especial do Simples Nacional, referente aos exercícios de 2011 a 2014, como demonstrado às fls. 11 a 29 dos autos, em razão da constatação de duas infrações, sendo:*

1. *a primeira por ter recolhido a menos o ICMS de R\$7.258,52, devido ao erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor e;*
2. *a segunda infração decorrente da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02 e o estabelecido pelo art. 34 da LC nº 123/06, implicando na falta de recolhimento do ICMS de R\$39.913,24.*

Inicialmente, rejeito as nulidades do lançamento de ofício suscitadas sob diversas alegações, uma vez que as duas exações do Auto de Infração se fundamentam em levantamentos e demonstrativos, constantes nos autos, cujas cópias, em mídia eletrônica (CD), foram fornecidas ao contribuinte, consoante recibos firmados às fls. 26 a 28 dos autos. Em consequência, verifico que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida.

Também, nos termos do art. 147, I, do RPAF, indefiro o pedido de diligência fiscal, pois entendo desnecessária em vista das provas produzidas e anexadas aos autos, as quais considero suficientes para a formação de minha convicção, como também por se destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal e comercial da empresa ou a documentos em sua posse e cujo ônus da prova é do autuado e poderia por ele ter sido juntada ao PAF, de forma objetiva, apontando especificamente a existência de operações tributadas e não consideradas pelo Fisco, como prova de suas alegações.

No mérito, apesar das prolixas razões de defesa, há de se resumir o veredito no fato de que, em relação à segunda infração, trata-se de uma presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo dispositivo foi recepcionado à legislação aplicada ao Simples Nacional, nos termos do art. 34 da Lei Complementar nº 123/06, o qual determina que “Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional”.

Por sua vez, o citado dispositivo legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) prevê, dentre outras hipóteses, que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, comprovando objetivamente a tributação de tais receitas através dos respectivos documentos fiscais, inclusive com os fatos modificativos que diz existir inerentes à sua atividade, a exemplo de parcelamento, pré-datado, etc.

Também, há de se salientar que, por se tratar de uma presunção “*juris tantum*”, que consiste na presunção relativa, válida até prova em contrário, o contribuinte não logrou êxito em elidi-la, já que só deve-se comparar valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas declaradas com modalidade de pagamento através de cartão de crédito/débito devem ser confrontadas com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, não sendo lógico e nem pertinente a pretensão de comparar todas as modalidades de pagamento de vendas (em espécie, cheque, etc.), como o deficiente relaciona às fls. 128 a 177 dos autos, com a modalidade única de pagamento em cartão de crédito/débito, salvo se todas as vendas fossem sob à modalidade exclusiva de pagamento em cartões de crédito/débito.

Assim, o lançamento do crédito tributário está dentro dos ditames do ordenamento jurídico, por derivar de uma de presunção legal relativa, a qual cabe prova em contrário, de ônus do autuado que se limitou a impugnar o lançamento de ofício de forma genérica e repetitiva, apensando à sua defesa inúmeros documentos (fls. 65 a 784) sem, contudo, apontar qualquer equívoco ocorrido no levantamento produzido para fundamentar a acusação fiscal, de modo a justificar as diferenças apuradas e assim cumprir com o ônus de tornar improcedente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, caso comprovasse a existência de vendas com emissão de notas ou cupons fiscais, sob a mesma modalidade de pagamento dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, ainda não considerados no levantamento fiscal.

Em consequência, o total mensal das receitas omitidas apuradas através de pagamento em cartão de crédito/débito, por não haver documento fiscal correspondente, foi acrescido às receitas obtidas através dos valores declarados pelo contribuinte, do que se apurou o real montante das receitas de vendas mensais, cujas bases de cálculo incidiram as novas alíquotas de ICMS, apuradas de acordo com a Receita Bruta Acumulada nos últimos 12 meses, repercutindo no ICMS devido no período fiscalizado, que comparado ao recolhido, ensejou nos valores mensais a recolher, os quais foram segregados em recolhimento a menor do ICMS, com multa de 75%, em relação às receitas declaradas pelo autuado (exação 1 – fl. 11), e em falta de recolhimento do ICMS, com multa de 150%, em relação às receitas omissas apuradas através de pagamento em cartão de crédito/débito (exação 2 – fls. 13/14). Logo, descabida a alegação de defesa de que houve exclusão do regime de apuração do Simples Nacional ou violação ao princípio da não-cumulatividade.

Quanto ao argumento de que houve quebra indevida de seu sigilo bancário, há de se esclarecer que as informações utilizadas no presente lançamento de ofício foram fornecidos à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, com base no artigo 35-A, da Lei nº 7.014/96, que determina que “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, débitos ou similares”. Portanto, as informações foram obtidas com amparo legal específico, não cabendo a este colegiado questionar a constitucionalidade desse dispositivo de lei, a teor do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim, descabe o pedido de nulidade da infração sob o argumento de que foi fundamentada em prova ilicitamente produzida, decorrente da quebra do sigilo bancário.

No tocante à alegação de ocorrência de divergência nas informações fornecidas pelas instituições financeiras, a exemplo de que, na data de 30/04/2014, consta o mesmo número de autorização da CIELO (314362), com duas supostas receitas, uma no crédito de R\$45.371,78 e outra no débito de R\$16.635,34, vendas que não foram encontradas na redução Z da referida data, nem nos depósitos realizados/transmitidos pela mesma operadora CIELO para crédito na conta da empresa e nem no relatório detalhado da maquineta de cartão da mesma data (fls. 123/125 do PAF), há de esclarecer que, da análise do arquivo “DEMONSTRATIVO PRODIFE Z”, constante da mídia de fl. 29 dos autos, verifica-se que nos demais meses existem diversos lançamentos de valores menores da bandeira CIELO e que, especialmente, neste mês de abril/14 houve lançamento único de todas operações, tanto de crédito quanto de débito, relativas à administradora CIELO, tendo o autuado anexado apenas “Redução Z”; “Relatório Detalhado” e “Relatório de Totais” referentes à data de 30/04/2014, sem apresentar os citados documentos inerentes às demais datas do mês de abril/14, como prova inequívoca de que inexistem repasses financeiros da CIELO nos demais dias do citado mês e, consequentemente, provar sua alegação de “divergência” nos dados apresentados pelas instituições.

Ademais, não há que se falar que o referido Relatório teria sido emitido de forma errônea pelas administradoras de cartões de crédito/débito, posto que as informações ali prestadas são obtidas de forma automática com base nos dados apresentados no cupom fiscal emitido no ato da venda.

Sendo assim, inexiste o alegado erro nas informações fornecidas pelas administradoras.

Quanto à alusão de que deveria o Fisco relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, verifica-se que o citado “DEMONSTRATIVO PRODIFE Z” assim o faz, confrontando analiticamente, por cupom fiscal, os valores constantes do Relatório Diário de Operações TEF com os valores pagos sob a modalidade de cartão, constantes nos cupons fiscais e notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

Por fim, inerente ao pedido para redução da multa, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigações tributárias principais, deixo de apreciar tal pedido por falecer de competência este colegiado o exame, consoante dedução lógica do art. 158 do RPAF.

Porém, deve-se aplicar a multa de 75% para as duas exações fiscais, de acordo com a jurisprudência atual deste CONSEF, por não se configurar existência de dolo, sonegação, fraude ou conluio.

Do exposto, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, apesar de a acusação imputada ao sujeito passivo restar caracterizada, em razão da retificação da multa indicada de 150% para 75%, o que reduziu o valor do crédito tributário originalmente lançado.

Inconformada com a Decisão, o recorrente interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da Decisão de piso, repisando os mesmos argumentos da defesa inicial.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, informando que nos Demonstrativos Prodife Y1 consta cada cupom fiscal emitido pelo ECF com a forma de pagamento, se à vista, cheque ou cartão. Que demonstrativo também foi feito com base na leitura da memória fiscal da máquina. Que confrontando esses dois relatórios verifica-se que realmente existem muitas informações superiores aos valores informados pelas administradoras. Que os erros nesse caso são de valores que eram à vista e foram colocados como sendo em cartão.

Assevera que nos canhotos dos cartões, conforme planilhas, os valores realmente batem com as informações prestadas pelas administradoras, conforme consta no demonstrativo PRODIFE Z anexado.

Afirma que tal falha originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das informações unilaterais das operadoras de cartões de crédito/débito, pois se denota que o fiscal auferiu valores aleatórios nos períodos fiscais abaixo descritos, corroborados pelo documental anexado ao PAF.

Após tecer tais considerações, o recorrente ateve-se tão somente a repetir a mesma defesa apresentada inicialmente, não trazendo nenhum fato novo ao processo, nem atacando pontualmente a Decisão de piso.

Reafirma que na planilha apresenta pelo Fiscal, os dados apresentados pelas administradoras de cartões de débito/crédito, na forma como foram colhidos, unilateralmente, não servem como prova juridicamente admissível.

Aduz que foram encontradas divergências na fl. 184 da tabela do Demonstrativo de Presunção de Omissão, precisamente, na data de 30/04/2014 apresentando um erro/glosa de forma visível, já que

o número de autorização fornecido pela administradora CIELO, Autorização Final nº 314362 originou duas supostas receitas: uma compra no crédito de 45.371,78 e outra no débito de R\$ 16.635,34, vendas que não foram encontradas na redução Z na referida data, nem nos depósitos realizados/transmitidos pela mesma operadora CIELO para crédito na conta da empresa e nem no relatório detalhado da maquineta de cartão.

Defende que o fisco atuou com base em valores de receitas informadas pelas administradoras, sem a presença do contribuinte interessado, tendo o Fiscal convertendo tais informações em planilhas, sem observar o erro encontrado na mesma, situação facilmente comprovada nos documentos anexados pela empresa autuada.

Reclama que sequer foi intimada antecipadamente acerca da realização do procedimento fiscal, citando o confronto ao princípio do devido processo legal e seus consectários lógicos.

Entende que o Fisco Estadual autuou valendo-se, para tanto, de levantamento realizado a partir de informações de terceiros, quais sejam, as administradoras de cartões de créditos, presumindo a ocultação de operações de vendas efetuadas, 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.

Defende que demais elementos que deveriam ter sido levados em conta, tais como o lucro do estabelecimento, outros encargos e outros elementos informativos, foram desprezados sumariamente pela Fiscalização, tendo sido privilegiados apenas os dados fornecidos precariamente pelas operadoras de cartões de créditos. Assim, entende que está nítido que o Fisco construiu toda a acusação fiscal exclusivamente sobre premissa equivocada, o que evidencia a fragilidade de suas alegações.

Assevera que as multas aplicadas no presente caso são flagrantemente inconstitucionais, pois revestidas de caráter confiscatório e carecedoras de proporcionalidade à conduta praticada, pelo que devem ser canceladas desde já. Afirma também que 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.

Deste modo, suscita pela realização de prova pericial formulando quesitos e pede sejam acolhidas os argumentos aqui informados bem como as planilhas anexas, a fim de se reconhecer a nulidade absoluta do Auto de Infração, e, no mérito, seja sua impugnação julgada procedente.

Ademais, afirma que o Fiscal não observou a existência do pagamento do ICMS conforme demonstrativos anexados ao volume 04, discriminados em: COMPROVANTES DE ARRECADAÇÃO DE TODO O PERÍODO FISCALIZADO; RELATÓRIO DAS SAÍDAS DE TODO PERÍODO FISCALIZADO (ESTE EM ANEXO 03); EXTRATO DO SIMPLES NACIONAL DE TODO PERÍODO FISCALIZADO; IMPRESSÃO DA REDUÇÃO Z DA ECF REFERENTE A TODO PERÍODO FISCALIZADO.

Neste passo, discorre que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Fiscal, conforme o demonstrado. Tal fato por si só eiva de nulidade os Autos de Infração lavrados, pois desobedece ao Art. 142 do CTN.

Assim, entende que após toda documentação e demonstrativos anexados, o trabalho realizado pela fiscalização não analisou a documentação acostada, tendo utilizado tão somente os demonstrativos enviados pelas administradoras do cartão de crédito/débito, não considerando, inclusive, que não houve prova de venda ou saída de mercadoria sem a respectiva emissão de nota fiscal.

Tece considerações sobre o ônus da prova e o princípio da legalidade.

Na sinopse fática, afirma que a redução Z do período fiscalizado apresentada, comprova que os valores das vendas no cartão e crédito foram contabilizados corretamente no período exigido,

sendo, portanto, infundadas as exigências atribuídas ao presente Auto de Infração, vez que toda a tributação aqui exigida foi devidamente recolhida.

Informa, ainda, que foram juntadas planilhas em que se relacionam os totais de vendas mensais de acordo com as operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito MASTERCARD, VISA e AMERICAN EXPRESS, etc., os totais de saídas informadas nas DPIS, e as diferenças encontradas em relação a cada mês; em seguida, anexou-se os relatórios emitidos pelas citadas empresas administradoras de cartão de crédito, que serviram de base para a elaboração da planilha pelo Agente do Fisco autuante, identificados com CNPJ e o nome do sujeito passivo e o período a que se referem, bem como descrição das operações, com número respectivo data da venda e valores das operações de crédito e débito, e, ainda, extratos de consulta às Declarações Periódicas de Informações - DPIS e Declarações Anuais do Simples Nacional, dos períodos em referência.

Afirma que as movimentações dos emissores de cupons fiscais foram devidamente registradas nos mapas resumos de caixas ECF, tendo esses sido lançados nos livros fiscais de Saída e de Apuração do ICMS, computados, portanto nos cálculos dos impostos devidos ao erário.

Cita que a empresa foi autuada sob a alegação de que não teria emitido nota fiscal de consumidor para acompanhamento de mercadorias vendidas pela modalidade de cartão de crédito, em face de confrontamento com um mero EXTRATO do respectivo Cartão de Crédito.

Entretanto, informa a Requerente que, na verdade, tal documento (EXTRATO), trata-se apenas de uma mera lista de vendas realizadas via cartão de crédito, onde os itens DATA DA APRESENTAÇÃO correspondem o momento acordado entre cliente/loja para o débito em seu cartão de crédito, chamado predatamento do cartão, ou seja, escolher o melhor dia para usufruir de melhor prazo. Portanto, uma operação comum e legal; e o item DATA DO CRÉDITO corresponde o momento do crédito/dinheiro feito à Loja vendedora, referente a venda pretérita, feito pela Administradora do Cartão de Crédito, geralmente dentro de 30 dias.

Nesta senda, salienta que NÃO HÁ NENHUMA RELAÇÃO ENTRE “DATA DA APRESENTAÇÃO” (item do Extrato do Cartão de Crédito) COM A DATA DA VENDA. Por isso, a multa aplicada tem feição confiscatória nem faz justiça a um humilde Contribuinte, sem prejuízo do art. 112 do Código Tributário Nacional.

Ademais, pauta as seguintes críticas à autuação, entendo que não foram observados pela Autoridade Fiscalizadora os seguintes pontos:

- a) Não há correlação entre um simples Extrato de Cartão de Crédito, feito unilateralmente pela Administradora do Cartão, com as notas fiscais de vendas exaradas no talão consumidor da petição, devido a prática costumeira e legal de pré-datamento ou parcelamento das vendas; valores acordados entre cliente/contribuinte. Ou seja, as datas citas do item DATA DA APRESENTAÇÃO do citado Extrato de Crédito correspondem a data acordada entre cliente/loja para o débito no Cartão e não a data efetiva de uma venda exarada no talão consumidor. Por isso, é temerário e injusto concluir que ambas são interdependentes, correlacionadas ou intrínsecas. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
- b) NÃO HAVENDO CORRELAÇÃO DIRETA E INTRÍSICA entre DATA DA APRESENTAÇÃO, no Extrato, com a venda, no talão consumidor, com efeito, não houve omissão de notas fiscais correspondentes a emissão de tickets das ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO, porque o EXTRATO não espelha a data da venda da mercadoria e sim, tão somente, a data do débito (melhor dia para compra/débito no cartão). (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
- c) DATA DA APRESENTAÇÃO, citada do Extrato do Cartão, poderá corresponder a data do parcelamento da venda, quando feito em parcelas. Portanto, é temerário e cruel associar tal informação, extraído de num documento sem valor legal, as supostas irregularidades cometidas, culminadas com uma multa exorbitante, superior ao próprio faturamento mensal

- bruto da empresa, além de agredir todo um ordenamento jurídico pacífico, abundantemente acima exposto. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
- d) No Extrato do Cartão não foram considerados os descontos. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - e) No Extrato do Cartão não forma considerados os parcelamentos. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - f) No Extrato do Cartão não foram considerados as formas variadas de pagamentos efetuados com mais de um cartão de crédito/débito. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - g) No Extrato do Cartão não foram considerados as formas variadas de pagamentos efetuados com entrada em espécie (a dinheiro) e demais pagamentos com mais de um cartão de crédito/débito. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - h) No Extrato do Cartão não foram considerados as devoluções. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - i) No Extrato do Cartão não foram considerados os cancelamentos. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - j) O Extrato do Cartão poderá corresponder a data do parcelamento da venda, quando feito em parcelas. Portanto, é temerário e cruel associar tal informação, extraído de um documento sem valor legal, a supostas irregularidades cometidas, culminadas com uma multa exorbitante, superior ao próprio faturamento mensal bruto da empresa, além de agredir todo um ordenamento jurídico pacífico, abundantemente acima exposto. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - k) Não há correlação entre um simples Extrato de Cartão de Crédito, feito unilateralmente pela Administradora do Cartão, com as notas fiscais de vendas exaradas no talão consumidor da petição, devido a prática costumeira e legal de se pagar uma determinada compra com mais de um cartão de crédito/débito, sendo que na nota fiscal se visualiza apenas o total da transação comercial. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - l) E ainda, não há correlação entre um simples Extrato de Cartão de Crédito, feito unilateralmente pela Administradora do Cartão, com as notas fiscais de vendas exaradas no talão consumidor da petição, devido a prática costumeira e legal, também, de parte de uma mesma compra, além de ser paga com mais de um cartão de crédito/débito, ser também paga parte da mesma compra em espécie (entrada em dinheiro e restante com cartões, por exemplo) gerando apenas um cupom fiscal no valor total da referida compra. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);
  - m) NÃO SE OBSERVOU, nem comparou as datas dos extratos dos cartões com a MOVIMENTAÇÃO DO ECF que funciona com base em movimentações diárias. Vendas, suprimentos, sangrias e outros movimentos ocorrem durante todo o dia de uma loja. Tudo o que passa pelo ECF é totalizado e será fechado na Redução Z. (situação facilmente comprovada com a redução Z da ECF);

Por conseguinte, passa a discorrer sobre a aplicação da multa oriunda do Auto de Infração, defendendo a aplicação dos princípios da razoabilidade/proportionalidade, bem como do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Por fim, requer:

- a) Seja, face a nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE das notificações objeto, consubstanciado que são pelos incisos II e LV, ambos do art. 5º da CF/88 e art. 37 do mesmo Diploma, sem prejuízo do art. 112 do Código Tributário Nacional, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos

- havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita, ou ainda,
- b) na hipótese de indeferimento do item acima, hipótese que não crê, apenas para efeito de cautela, requer a NULIDADE do presente Auto de Infração, por motivo de divergência do valor do crédito tributário, haja vista a quantidade de notas fiscais supostamente omitidas não corresponder a quantidade lançada no respectivo documento que deu suporte ao pretenso crédito, impondo penalidade excessiva, indevida e ilegal, nos termos do art. 37 da CF/88, sem prejuízo dos da Lei Estadual em vigor e art. 112 do Código Tributário Nacional.
  - c) na hipótese de indeferimento dos itens “a” e “b” acima, apenas por cautela, requer a NULIDADE do presente Auto de Infração, por motivo de absoluta inexistência de suporte fático para a imposição fiscal, tipificando o cerceamento de defesa, haja vista o documento utilizado pelo Fisco não ser exigível pelo poder público (mero extrato de cartão de crédito, sem valor legal, feito por terceiros, passível de correção futura), não servindo para exigir crédito tributário nem gravar pena pecuniária, na égide dos arts. da Lei Estadual, sem prejuízo dos incisos II e LV, ambos do 5º da CF/88 e o art. 112 do Código Tributário Nacional.
  - d) na hipótese de indeferimento dos itens “a”, “b” e “c” acima, no caso de manutenção do Auto de Infração, requer a REDUÇÃO DA MULTA com espeque na Lei Estadual referente, em face ao princípio da razoabilidade e de a Requerente possuir todas as atenuantes possíveis da lei, consubstanciado no art. 112 do Código Tributário Nacional – CTN; e o parágrafo 1º do art. 145 e o inciso IV do art. 150, ambos da CF/88, sem prejuízo da quantidade das ocorrências.

Se assim não entendido,

Seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda,

Bem como, seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para. Regular exercício da ampla defesa.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que objetiva a reapreciação da Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide.

Conforme restará demonstrado, nenhum reparo merece a Decisão de piso.

Incialmente, afasto a preliminar de nulidade por entender que o referido PAF cumpriu todos os requisitos do art. 39 do RPAF para sua validade. As infrações estão devidamente tipificadas e enquadradas, não incorrendo o autuante em nenhuma das hipóteses do art. 18 do mesmo Regimento.

Ademais, o recorrente insistiu em atacar a Decisão de forma genérica, repisando os mesmos termos da defesa inicial, a qual foi completamente analisada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Em se tratando de omissão de saída de mercadoria tributada, o entendimento predominante é o de que se trata de presunção relativa, ou seja, em caso de divergência, cabe ao autuado contrapor as acusações impostas pelo Fisco.

Apesar de muito se dizer em sede recursal, pouco se foi contestado em relação às omissões das mercadorias tributadas pelo recorrente. O recorrente anexou uma gama de documentos (livro Registro de Entradas e Saídas do período apurado, Reduções Z do período fiscalizado, planilha de vendas com cartões), mas não provou o contrário do imputado pelo Fisco.

Deste modo, como bem disse o julgador de piso: “*o lançamento do crédito tributário está dentro*

*dos ditames do ordenamento jurídico, por derivar de uma de presunção legal relativa, a qual cabe prova em contrário, de ônus do autuado que se limitou a impugnar o lançamento de ofício de forma genérica e repetitiva, apensando à sua defesa inúmeros documentos (fls. 65 a 784) sem, contudo, apontar qualquer equívoco ocorrido no levantamento produzido para fundamentar a acusação fiscal, de modo a justificar as diferenças apuradas e assim cumprir com o ônus de tornar improcedente a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, caso comprovasse a existência de vendas com emissão de notas ou cupons fiscais, sob a mesma modalidade de pagamento dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, ainda não considerados no levantamento fiscal.”.*

Ora, apesar de apontar as inconsistências, o recorrente não comprova o quanto alegado, sendo que, em contrapartida, a Autoridade Fiscalizadora apresentou a verificação das operações enviadas pela administradora de crédito, gerando o Demonstrativo PRODIFE Z, o qual relaciona analiticamente, *por cupom fiscal, os valores constantes do Relatório Diário de Operações TEF com os valores pagos sob a modalidade de cartão, constantes nos cupons fiscais e notas fiscais emitidas pelo contribuinte.*

Ressalte-se que o art. 123 do RPAF/BA assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Porém, se assim não proceder o sujeito passivo, limitando-se a tecer alegações genéricas e sem provar suas alegações, de forma a cumprir sua incumbência de elidir a acusação fiscal, seu direito de fazer em outro momento processual torna-se precluso, conforme previsto no art. 123, §5º, do RPAF, a menos que: fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior; se refira a fato ou a direito superveniente; se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Logo, não cabe ao ente tributante produzir provas pelo autuado.

No pertinente à solicitação de redução ou cancelamento da multa, por força do art. 158 do RPAF, este órgão não tem competência para tal.

Deste modo, entendo pela manutenção das infrações, assim como coaduno meu entendimento com o da Junta de Julgamento Fiscal pela Decisão de aplicação da multa de 75% pela inocorrência de fraude, dolo ou simulação.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 210316.0009/15-6, lavrado contra ZUM BABY COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. – EPP, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$47.171,76, 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, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS