

A. I. Nº - 207668.3016/16-5
AUTUADA - PRONTO DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - EUGENIA MARIA B. REIS NABUCO e REJANE MARIA R. BARBOSA FERRUZI
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 16.11.2017

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-05/17

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITURAÇÃO OBRIGATÓRIA - EFD. PRESUNÇÃO LEGAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provado nos autos que as notas fiscais que integram a cobrança se referem a operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa ou pertencentes a idêntico grupo empresarial. Insubstancial a presunção de omissão de saídas imputada pela fiscalização. Aquisições ou entradas por transferência não são objeto de pagamento por meio de receitas auferidas com omissões de saídas de outras mercadorias. Configurada tão somente a circulação física dos produtos. Subsiste, todavia, a cobrança da multa acessória pela falta de registro das operações na EFD, lançada em outro item do A.I. Afastada a exigência fiscal no que tange à obrigação principal. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Infração caracterizada. Lançamento efetuado com base em provas robustas, a partir das informações acumuladas nas reduções “z” dos ECFs e os relatórios TEF, anuais e diários fornecidos pelas administradoras de cartão. Ônus do contribuinte em provar que operações registradas sobre outras modalidades de pagamentos foram quitadas através de cartões de crédito e/ou débito. Mantida a exigência fiscal. 3. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS - EFD. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MERCADORIAS TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Afastada a alegação de duplidade da cobrança de imposto e multa acessória sobre os mesmos fatos. No mérito, a defesa não nega o cometimento das infrações de falta de escrituração de notas na EFD (escrituração fiscal digital). 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. b) ENTREGA COM DADOS INCORRETOS. MULTAS. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. PENALIDADE FIXA. Infrações não elididas pelo sujeito passivo. Rejeitadas as arguições de nulidade do

lançamento. Não acolhido o pedido de exclusão da penalidade por descumprimento da obrigação principal por violação ao princípio constitucional do não confisco - matéria que foge à competência das instâncias administrativas de julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 23/09/2016, para exigência de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal de R\$138.424,20, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Relativamente às entradas promovidas sem registro algum (EFDs, falta de apresentação de livros fiscais, contábeis e dos documentos fiscais) constantes nas notas fiscais eletrônicas do exercício de 2014, meses de janeiro a agosto, sem comprovação das saídas e consequente recolhimento do imposto. Total da infração: R\$78.534,32. Multa de 100%.

Infração 02 – Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Nos meses de abril a dezembro do exercício de 2014 e de janeiro a maio de 2015, conforme levantamento e demonstrativos anexados ao PAF – ANEXO III. Total da infração: R\$22.743,85. Multa: 100%.

Infração 03 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação, sem devido registro na escrita fiscal. Relativamente às mercadorias tributáveis constantes das NFes destinadas a empresa nos exercícios de 2013 e 2014, conforme demonstrativos anexados a PAF – ANEXO IV. Descumprimento de obrigação acessória. Total da infração: R\$13.645,94.

Infração 04 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias bens ou serviços sujeitos a tributação, sem devido registro na escrita fiscal. Relativamente às mercadorias tributáveis constantes das NFes destinadas a empresa nos exercícios de 2013 e 2014, conforme demonstrativos anexados a PAF – ANEXO V. Descumprimento de obrigação acessória. Total da infração: R\$17.000,09.

Infração 05 – Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Dos meses de agosto, setembro e outubro do exercício de 2015. Descumprimento de obrigação acessória. Total da infração: R\$1.380,00.

Infração 06 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Descumprimento de obrigação acessória. Apresentou as DMAs dos meses de janeiro a julho do exercício de 2015 com registros zerados. Total da infração: R\$980,00.

Infração 07 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária. Omissão apurada nos meses de setembro, outubro e novembro do exercício de 2015 – ANEXO VI. Descumprimento de obrigação acessória. Total da infração: R\$4.140,00.

O contribuinte foi notificado do lançamento, via correios, em intimação dirigida para o endereço do sócio da empresa, o Sr. Antonio Pereira Rebouças Netto, CPF 567.823.065-49, conforme consta do Termo anexado à fl. 333 deste PAF. A legitimidade do peticionante foi documentada por meio da juntada do contrato social e posteriores alterações, registradas na Junta Comercial do Estado da Bahia (doc. fls. 375 a 381). O sujeito passivo ingressou com defesa administrativa em 05/12/2016, através de petição que se encontra juntada aos autos às fls. 337 a 366.

Inicialmente a defendente fez considerações em torno dos princípios da verdade material e da inquisitoriedade. Em relação a esse último disse ser dever de ofício da autoridade julgadora administrativa apurar de ofício os fatos desencadeadores das infrações tributárias e determinar a realização de instrução probatória, a exemplo da realização de diligências e perícias necessárias ao esclarecimento dos fatos. Ressaltou que esses princípios integram as normas do Regimento Interno do CONSEF (Dec. nº 7.592/99) e do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/99.

Em seguida a defesa suscitou a nulidade do Auto de Infração ressaltando que as infrações 01, 02 e 03 englobam cobranças que alcançam os mesmos fatos geradores.

Sustenta que as exigências fiscais lançadas no Auto de Infração não foram comprovadas através da juntada de documentação comprobatória das ocorrências, incorrendo o lançamento em flagrante cerceamento ao direito de defesa. Afirmou que uma acusação fiscal para ser levada adiante necessita ser descrita pela autoridade fiscal de forma clara, precisa e sucinta, com a juntada, na peça acusatória, das provas necessárias à demonstração dos fatos descritos pelo autuante. Para a impugnante, vícios dessa natureza não seriam passíveis de correção, ensejando a decretação de nulidade do ato de lançamento.

Declarou que no caso concreto da infração 01, que descreve situação envolvendo entradas de mercadorias promovidas sem registro EFDs, deixaram as autuantes de observar as determinações do art. 28, par. 4º, inc. II, e do art. 46 do RPAF/99, visto que os fatos descritos na imputação não foram devidamente acobertados por provas materiais. Que frente a essa omissão probatória o sujeito passivo teria ficando impedido de exercer o seu direito de defesa via estabelecimento do contraditório. Sustenta, neste caso específico, a aplicação das disposições do art. 18, inc. II e inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, que prescrevem hipóteses de nulidade do Auto de Infração.

Sobre o tema da nulidade o impugnante transcreveu na peça de defesa trechos extraídos de livros de juristas pátrios, entre eles Alberto Xavier e Hugo de Brito Machado. Reproduziu também na inicial, trechos de decisões proferidas pelos órgãos de julgamento deste CONSEF.

Ainda em razões preliminares a defesa pede que na fase instrutória deste processo o mesmo seja convertido em diligência visando enriquecer os autos de elementos que possam melhor aclarar os fatos e auxiliar os julgadores na formação do seu convencimento.

Ao ingressar nas razões de mérito a defesa passou a fazer considerações em torno da cobrança que integra o item 01 do Auto de Infração. Solicitou que fossem trazidas aos autos cópias das notas fiscais, comprovante de recebimentos e pagamentos das mesmas, junto aos fornecedores para que pudesse saber o que de fato ocorreu. Afirmou em seguida que não comprou as mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais listados pelas autuantes. Que não realizou, portanto, as compras junto aos fornecedores emitentes das notas fiscais.

No tocante à infração 02 alega que as autuantes não procederam à compensação, nessa cobrança, dos CRÉDITOS DE ICMS oriundos das compras. Fez referência ao princípio da não cumulatividade do imposto, afirmando ainda que na autuação foram aplicadas as regras relacionadas aos contribuintes optantes SIMPLES NACIONAL que não têm direito ao crédito para compensar o ICMS nas operações de vendas subsequentes às aquisições.

Frisou em seguida que outro erro cometido pelas autuantes na apuração do imposto ocorreu por ocasião da aplicação das alíquotas nas omissões de saídas de produtos que apresentam tributação diferenciada, a exemplo de leite fabricado na Bahia, tributado à alíquota de 7% e óleo de soja e charque, ambos tributados à alíquota de 12%.

Ao apreciar as infrações 03 e 04 a defesa declarou que essas ocorrências configuram duplicidade de cobranças e que o mesmo fato integra a exigência fiscal lançada no item 01 do Auto de Infração, relativamente às entradas promovidas sem registro na escrituração fiscal digital (EFDs), do exercício de 2014.

Em relação às infrações 05, 06 e 07 a impugnante discorreu na inicial que devido a forte crise financeira enfrentada atualmente no Brasil, com reflexo também nas empresas, e em razão da autuada estar passando por situação financeira difícil, postula pedido no sentido de que o CONSEF proceda à “liberação” (exclusão) da aplicação da multa. Disse ainda que se compromete com pagamento, via parcelamento do débito, do imposto principal.

Por fim em relação à penalidade de 100% aplicada nas infrações decorrentes de descumprimento de obrigação principal (falta de pagamento de tributo), a defesa sustenta que a exigência de penalidade pecuniária nesse montante viola o dispositivo constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco, conforme norma positivada no art. 150, inc. IV da Lei Maior e incorre também em afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sobre o tema a impugnante trouxe no texto da inicial diversas decisões judiciais, algumas delas proferidas pelo STF em sede de recurso extraordinário, pedindo em razões subsidiárias, ou seja, em caso de manutenção das exigências fiscais, a redução das penalidades 20% do imposto lançado.

Foi prestada a INFORMAÇÃO FISCAL em 01/02/2017, peça que se encontra apensada às fls. 385 a 399 dos autos.

As autuantes ressaltaram, inicialmente, que o estabelecimento autuado, é a filial 02 da empresa PRONTO DISTRIBUIDORA LTDA, que foi programada pela INFRAZ para fiscalização sumária por ter recebido mercadorias em transferência da sua matriz e da filial 04 (IE 049.132.407 e 114.135.177) e promovido, em etapas subsequentes, saídas de mercadorias sem registros na escrita fiscal. Frisou que esse estabelecimento possuía informações TEF e equipamentos ECF autorizados. Que foram apuradas na ação fiscal a falta de apresentação dos arquivos eletrônicos EFD e que no período objeto da ação, a empresa apresentou DMAs zeradas; não constando recolhimento algum de imposto, desde o exercício de 2014, além de ter utilizado o mesmo endereço da filial 02 - a empresa DESCON SUPERMERCADOS (IE 118.565.121).

Em decorrência dessas omissões que constituem infração à legislação do ICMS a empresa foi colocada nos registros cadastrais da SEFAZ-BA na condição de INAPTA, desde novembro de 2015 – (doc. fl. 330), assim como todas as empresas integrantes do grupo empresarial, compreendendo as unidades da PRONTO DISTRIBUIDORA e da DESCON SUPERMERCADOS.

Registrhou ainda que a filial 04 da PRONTO DISTRIBUIDORA - IE 114.135.177 - e as duas inscrições da citada DESCON - IE 118.565.121 e 118.565.897 - foram objeto dessa ação fiscal, deflagrada por meio da mesma Ordem de Serviço nº 508.891/15. Acrescentou que esses estabelecimentos foram autuados pelas mesmas irregularidades fiscais (AI 2076683014/16-2; AI 2076683005/16-3; AI 2076683006/16-0, AI 2076683017/16-1 e AI 2076683018/16-8, respectivamente).

Que o estabelecimento comercial que figura neste processo na condição de autuado foi intimado via AR e mediante edital para apresentação dos arquivos magnéticos previstos no SPED - EFD, DAEs, Notas Fiscais, Livros Fiscais e Contábeis dos exercícios de 2012, 2013, 2014 e 2015. Que o contribuinte só se manifestou perante a fiscalização após a lavratura deste Auto de Infração, com a apresentação da peça defensiva.

Relativamente à infração 01 as autuantes declararam que essa ocorrência foi formalizada de forma clara e correta, sendo detectada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, prevista no artigo 4º, §4º, inciso IV, da Lei Estadual nº 7.014/96 (presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto).

Que essa infração foi apurada no exercício de 2014 e se encontrava comprovada pelas notas fiscais constantes dos demonstrativos e levantamentos anexados ao PAF (ANEXO II, fls. 14 a 111), tendo omitido saídas em operações anteriores não registradas/lançadas.

Quanto aos fornecedores e a afirmação defensiva de não haver efetuado as aquisições das mercadorias (fl. 349 da defesa), reiteraram a declaração de que a grande maioria das operações se refere a transferências oriundas do estabelecimento matriz da empresa, inscrita no CAD-ICMS sob o nº 049.132.407.

Na **infração 2** as autuantes frisaram que a exigência fiscal tem origem na omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito fornecido por instituição financeira e administradoras de cartões, conforme previsão legal (artigo 4º, §4º, inciso VI, da Lei Estadual nº 7.014/96). Informaram que as administradoras de cartões forneceram ao fisco os valores mensais de compras ocorridas tanto no exercício de 2014, como no de 2015 (ANEXO III do PAF, fls. 112 a 116 e em meio magnético, fl. 328). Que foram anexados ao PAF o Relatório Diário das operações TEF dos exercícios citados, além do Relatório Anual e o Demonstrativo TEF da infração, elaborados com base nos dados fornecidos por aquelas instituições financeiras.

Com relação ao “direito ao crédito”, as autuantes declararam que o caso envolve apuração de imposto de contribuinte do regime de conta corrente fiscal. Nessa situação afirmaram que esses créditos são lançados a cada operação de entrada, a partir das notas fiscais de aquisição. Que os valores lançados a título de crédito fiscal são compensados com os débitos apurados nas operações de saída para efeito de pagamento do ICMS na operação regular. Que a exigência fiscal em lide, onde se apuram irregularidades por presunção de omissão de saídas tributadas, os créditos fiscais já foram lançados pelo contribuinte.

Reafirmaram que as infrações 01 e 02, acima citadas, se referem à presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas e que foram considerados os valores relativos às receitas efetivamente tributadas com a aplicação, sobre a base de cálculo, da alíquota preponderante incidente nas operações realizadas pelo contribuinte nas saídas internas (17%), conforme previsto no artigo 483 do RICMS/BA. Ressaltaram ainda que foi aplicada nas infrações em exame, a proporcionalidade entre as saídas tributadas, isentas, não tributadas ou tributadas com redução de base de cálculo, em conformidade com os procedimentos previstos na Instrução Normativa nº 56/2007.

Para as infrações 03 e 04, relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias, as autuantes afirmaram que o caso envolve a falta de registro de entradas de mercadorias TRIBUTADAS e de mercadorias NÃO TRIBUTADAS e que os documentos fiscais que compõem essas infrações são diversos dos que integraram os demonstrativos da infração 01.

No tocante às **infrações 5, 6 e 7** que tratam da aplicação de multas fixas por descumprimento de obrigações acessórias, declararam as autuantes que a defesa se limitou a pedir a liberação das multas em função da situação financeira do país e da promessa de pagamento do imposto mediante parcelamento.

Relativamente às arguições da defesa quanto à abusividade e ao caráter confiscatório das multas aplicadas (fls. 352 a 366 da defesa/PAF), informaram que as mesmas decorrem de expressa previsão legal, não sendo matéria que esteja na esfera de competência decisória da fiscalização.

Por fim declararam que o contribuinte não trouxe aos autos comprovantes de pagamento do ICMS que foi lançado neste Auto de Infração, nem mesmo provas idôneas que elidissem as cobranças objeto do lançamento.

Ao final pedem que o Auto de Infração seja integralmente mantido, declarando-se a procedência integral das acusações fiscais e dos correspondentes valores lançados.

O contribuinte foi notificado do inteiro teor da informação fiscal e ingressou com manifestação acostada às fls. 423 a 452 do PAF, ocasião em que reproduziu todos os argumentos desenvolvidos na inicial e reiterou os pedidos de decretação de nulidade do lançamento, improcedência das cobranças lançadas no Auto de Infração e, em razões subsidiárias, redução das multas por

descumprimento de obrigação principal a patamares que sejam compatíveis com as determinações constitucionais de não confisco.

As autuantes, em nova informação fiscal, apensada à fl. 456 dos autos, declararam que o contribuinte, na sua última manifestação, não apresentou argumentos novos ou provas que pudessem alterar os Demonstrativos que integram o Auto de Infração. Reiteraram o pedido de manutenção de todos os itens do A.I. com a consequente declaração de procedência do ato de lançamento de ofício.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 07 (sete) ocorrências fiscais e foi lavrado para exigência de ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte, em razões preliminares, suscitou a nulidade do Auto de Infração. Sustentou que as exigências fiscais não foram devidamente comprovadas através da juntada de documentação que certificasse as ocorrências, incorrendo o lançamento em flagrante cerceamento ao direito de defesa. Afirmou ainda que uma acusação fiscal para ser levada adiante necessita ser descrita pela autoridade fiscal de forma clara, precisa e sucinta, com a juntada, na peça acusatória, das provas necessárias à demonstração dos fatos descritos pelo autuante. Para a impugnante, vícios dessa natureza não seriam passíveis de correção, ensejando a decretação de nulidade do ato de lançamento.

Declarou também que no caso concreto da infração 01, que descreve situação envolvendo entradas de mercadorias promovidas sem registro EFDs (escrituração fiscal digital), deixaram as autuantes de observar as determinações do art. 28, §. 4º, inc. II e do art. 46 do RPAF/99, visto que os fatos descritos na imputação não foram devidamente acobertados por provas materiais. Que frente a essa omissão probatória o sujeito passivo teria ficado impedido de exercer o seu direito de defesa via estabelecimento do contraditório. Sustenta, neste caso específico, a aplicação das disposições do art. 18, inc. II e inc. IV, letra “a”, do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

As infrações objeto do pedido de nulificação do lançamento têm por base probatória os Demonstrativos inseridos às fls. 16 a 111, para a infração 01, que abrange uma relação de notas fiscais eletrônicas, com as respectivas chaves eletrônicas de acesso e a indicação das inscrições no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas) dos estabelecimentos remetentes das mercadorias, identificados pelas autuantes, em declaração prestada na informação fiscal, na condição, respectivamente, de estabelecimento matriz da empresa, inscrita no CAD-ICMS sob o nº 049.132.407 e filial, inscrita no CAD-ICMS sob o nº 114.135.177.

Em relação à infração 02 o levantamento fiscal tem por base probatória os Demonstrativos juntados às fls. 112 a 114 e relatórios TEF anual (2014 e 2015) e TEF diários (doc. fls. 400 a 415). Nesses documentos e demonstrativos a fiscalização fez o cotejamento entre os valores acumulados nos ECFs (equipamentos emissores de cupom fiscal) da empresa, relacionados a pagamentos via cartão de crédito e débito e as informações das vendas através dessa modalidade fornecidas pelas administradoras de cartão. Os demonstrativos e relatórios mencionados foram entregues ao sujeito passivo conforme se encontra documentado no Termo de Intimação juntado à fl. 333 dos autos.

Logo, em relação às exigências fiscais impugnadas com o pedido de nulidade, há lastro documental farto nos autos que respalda a autuação. Se essas exigências devem prevalecer ou não é questão que será enfrentada no exame do mérito do Auto de Infração. Ressalto, ainda, que as notas fiscais que integram a infração 01 foram emitidas por estabelecimentos que integram o grupo empresarial de que faz parte a empresa autuada – Pronto Distribuidora Ltda., em operações de transferência de mercadorias, razão pela qual não pode ser acolhido o argumento defensivo de desconhecimento da origem das notas fiscais.

Quanto à alegação de cobrança em duplicidade de tributo e multas nas infrações 01, 02 e 03 a questão será examinada também no enfrentamento das questões de mérito.

Passo a enfrentar agora o pedido de diligência formulado pela defesa. Nessa etapa de tramitação do PAF na esfera administrativa considero desnecessária a remessa do processo para a realização de diligência ou perícia fiscal-contábil, por entender estarem presentes nos autos todos os elementos de prova suficientes para a solução da lide, em especial os relatórios e demonstrativos de apuração do imposto, inseridos às fls. 16 a 111 (infração 01); Demonstrativos e relatórios TEF vinculados à infração 02 (doc. fls. 112 a 114 e relatórios TEF anual - 2014 e 2015 - fls. 115 e 116, e, TEFs diários - doc. fls. 400 a 415).

Por outro lado, todas as questões formuladas pelo sujeito passivo ou foram explicitamente abordadas pelos autuantes no corpo do Auto de Infração e nos demonstrativos que o integram ou, a própria defesa, na peça impugnatória, sobre elas se pronunciou, trazendo luzes sobre a matéria. Estes pontos serão melhor detalhados no exame das questões de mérito.

Passo doravante a enfrentar as questões relacionadas à matéria de fundo da demanda, que abarca as questões de mérito das exigências fiscais.

Na **infração 01** a autuação abrangeu operações de transferências de mercadorias, acobertadas por notas fiscais emitidas com CFOP 5152 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros – operações internas) com origem nos estabelecimentos da empresa inscritas na Receita Federal no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas) sob o nº 02.552.445/0001-00 e nº 02.552.445/0003-71.

Em se tratando de transferências internas, entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, houve tão somente circulação física entre as unidades comerciais da empresa, situação em que as entradas não registradas na EFD (escrituração fiscal digital) e na contabilidade empresarial não tiveram como contrapartida o desembolso de recursos financeiros. Em decorrência a presunção de omissão de saídas firmada na legislação, no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, não se configurou no presente caso, visto que as aquisições ou entradas de mercadorias através de operações de transferências não são objeto de pagamento ou desembolso financeiro alimentado ou provido através de receitas auferidas com omissões saídas de outras mercadorias, em operações anteriores. Em decorrência, concluo que o item 01 do A.I é **improcedente**.

Em decorrência da improcedência do item 01 do lançamento o pedido de anulação desta infração por duplicidade de cobrança com as infrações 02 e 03 e 04 fica prejudicado.

Na **infração 02**, a exigência fiscal recaiu sobre a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida 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 períodos mensais de abril de 2014 a maio de 2015. Foi apurada diferença aritmética entre os valores das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e/ou débito e os valores informados pelas administradoras de cartão, 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, o que pode ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo cópia dos Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou que fosse feito o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” dos ECFs e as notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/ crédito.

Observo ainda que na apuração do débito dessa infração foram consideradas as repercussões decorrentes das operações com saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou tributadas com redução de base de cálculo e alíquotas diferenciadas, visto que as autuantes aplicaram, para efeito de quantificação do imposto, a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07,

para considerar na B.C. da infração tão somente as operações tributadas. Tal fato se encontra documentado nos Demonstrativos de fls. 112 e 113 e no Anexo II do Auto de Infração (doc. fl. 15).

No roteiro de auditoria fiscal do ICMS - Cartão de Crédito, o cotejamento de valores leva em conta tão somente as operações pagas através desta modalidade. Entendo, portanto, que as autuantes cumpriram seu dever de ofício de lançar o tributo nos meses que em foram apuradas diferenças que configuraram o fato gerador presumido do ICMS. Registre-se que a escrituração fiscal configura um conjunto de atos de responsabilidade do contribuinte, através da qual o mesmo apura os tributos lançados por homologação, cabendo ao sujeito passivo, para a sua desconstituição adotar os procedimentos estatuídos nas normas de regência dos respectivos tributos, e fazer a prova contrário. Não houve neste caso a apresentação de provas que elidissem a exigência fiscal.

Diante do acima exposto, restou caracterizada, na forma descrita na acusação fiscal, a presunção de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02. Estabelece esse comando normativo 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 tributáveis sem pagamento do imposto.

Como não foi anexado pela impugnante comprovação robusta que ensejasse a alteração do valor da autuação, limitando a pedir novas diligências e apresentar registros por amostragem que não afastam os valores cobrados na ação fiscal, mantendo inalterado o item 02 do Auto de Infração.

Infrações 03 e 04 - Ao impugnar as infrações 03 e 04 a defesa declarou que essas ocorrências configuram duplicidade de cobranças e que o mesmo fato integra a exigência fiscal lançada no item 01 do Auto de Infração, relativamente às entradas promovidas sem registro na escrituração fiscal digital (EFDs) do exercício de 2014. Considerando que a infração 01 foi julgada no mérito improcedente, fica prejudicado o exame das nulidades arguidas pelo sujeito passivo em relação aos itens 03 e 04 do presente lançamento de ofício. Remanesce, todavia, a cobrança das penalidades, por descumprimento de obrigações acessórias, lançadas nos itens 03 e 04 do Auto de Infração, no percentual de 1% sobre o valor comercial das entradas não registradas na EFD (escrituração fiscal digital), no tocante às mercadorias tributadas e não tributadas, considerando que a defesa não negou o cometimento dos fatos que lhe foram imputados e que estão fartamente comprovados nos autos. Itens procedentes.

No tocante às **infrações 05, 06 e 07**, que tratam da aplicação de multas fixas por descumprimento de obrigações acessórias, a defesa se limitou a pedir a liberação das multas em função da situação financeira do país e da promessa de pagamento do imposto lançado mediante parcelamento, conforme se encontra registrado à fl. 352 dos autos. São argumentos de ordem metajurídica, sem amparo na lei, incapazes de desconstituir o lançamento fiscal. Observo ainda que os fatos ensejadores da aplicação das penalidades não foram contestados. Mantendo os valores lançados nos itens **05, 06 e 07** do Auto de Infração. Itens procedentes.

A defendente contestou, em razões subsidiárias, a multa exigida por descumprimento de obrigação principal, no percentual de 100%, alegando o efeito confiscatório desta penalidade, pedindo que a mesma seja reduzida para patamares que não impliquem em efeito confiscatório, por redução desproporcional do patrimônio particular, conforme vedação extraída do texto da CF/88 – art. 150, inc. IV.

Inicialmente cabe registrar que essa alegação está restrita à infração 02 (auditoria de cartão de crédito/débito), visto que a cobrança de ICMS por presunção, da infração 01 (entradas não registradas), foi afastada, com a declaração de sua improcedência.

No tocante ao excesso ou desproporção da multa de 100% da infração 02, não acolho a postulação defensiva, visto que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de constitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo

emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário através do manejo das ações próprias.

Ressalto ainda que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram o entendimento acima exposto, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Destaco ainda que a multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 100% do valor do imposto não recolhido, está sujeita às reduções de valor estabelecidas nos art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração com a exclusão tão somente da infração 01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº **207668.3016/16-5**, lavrado contra **PRONTO DISTRIBUIDORA LTDA**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.743,85**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias nos valores de R\$13.645,94, R\$17.000,09, R\$1.380,00, R\$980,00 e R\$4.140,00, totalizando a cifra de **R\$37.146,03**, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos IX, XI, XV, alínea “h”, XVIII, alínea “c” e inc. XIII-A, alínea “L”, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala de sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR