

A. I. Nº - 281318.0010/20-8  
AUTUADA - BOM VAREJO SUPERMERCADO LTDA.  
AUTUANTE - JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO  
ORIGEM - INFRAZ RECÔNCAVO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2021

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0079-05/21-VD**

**EMENTA: ICMS.** 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS. LEVANTAMENTO DAS DIFERENÇAS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A presunção firmada na ação fiscal de ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis sem suporte documental e sem o correspondente pagamento do imposto não foi elidida pelo contribuinte. O sujeito passivo não de desincumbiu de afastar a presunção estabelecida no art. 4º, § 4º, inc. VI da Lei nº 7.014/96, com elementos de prova robustas que afastassem as cobranças constantes da peça de lançamento. Preliminares de nulidade não acolhidas. Indeferido pedido empresarial de remessa dos autos para a realização de diligências. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide foi lavrado em 24/09/2020, para exigir ICMS no valor principal de R\$28.408,85, contendo a imputação fiscal a seguir descrita:

**Infração 01 – 05.08.01** – 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. Apuração do ICMS devido com base nos valores TEF, fornecidos por administradoras de cartão de crédito sem emissão do respectivo Cupom Fiscal ou Nota Fiscal de Venda. Detalhamento das operações conforme relatório anexo. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2017. **Enquadramento legal:** Artigo 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96. Multa de 100% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. III do mesmo diploma legal.

Documentos que compõem o Auto de Infração: 1) Demonstrativo da Apuração do ICMS devido contendo o cálculo da proporcionalidade (44,42% tributadas); 2) Valores de TEF diários fornecidos por Administradoras de Cartão de Crédito; 3) Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos; 4) Relação dos ECFs (Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal do período de 01/01/2017 a 31/12/2018; 5) Termo de Ciência do Auto de Infração enviado via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) – ciência verificada em 29/09/2020 – documentos inseridos entre as fls. 02verso e 09 do processo.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa, protocolada em 30/11/2020, em peça processual subscrita por advogada, habilitada a atuar nesta lide pelo instrumento de procura reproduzido na mídia digital (doc. fl. 20). Inicial defensiva apensada às fls. 11/19 dos autos.

Após fazer uma síntese dos fatos que conduziram a autuação e de apontar a tempestividade da peça defensiva, o contribuinte suscitou nulidades do ato de lançamento.

O lançamento impugnado foi realizado com base nas disposições do art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96 que trata da presunção da ocorrência do fato gerador em determinadas situações, sendo utilizada no presente caso a hipótese da omissão de saídas de mercadorias ou bens

desacompanhados de nota fiscal, presunção decorrente de suposta divergência entre valores declarados pelo contribuinte e os informados por instituições financeiras.

Ao se contrapor a essa acusação a defesa discorreu que a empresa Autuada não realizou saídas de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais e não há nos autos qualquer prova do fato imputado pelo autuante. Não há sequer elementos probatórios de que a autuada tenha prestado informação com valor menor do que o informado pelas administradoras de cartão, fato que não teria sido documentado nos anexos da peça de lançamento fiscal.

Pontuou a defendente que o auto de infração está instruído apenas com os demonstrativos referentes aos valores recebidos através de cartão de crédito que supostamente se refeririam a saídas de mercadorias, mas nenhum outro documento foi anexado para demonstrar a existência de suposta omissão de saídas e/ou divergência entre o valor informado pelas operadoras de cartão e o valor declarado pela empresa autuada.

Muito embora o § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96 autorize a presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS em determinadas situações, é preciso ter em mente que a situação autorizadora da presunção deve estar minimamente comprovada nos autos, cabendo ao Fisco este ônus probatório. Entretanto, no caso sob exame, a Auditoria não demonstrou por meio de documentos a ocorrência da alegada omissão de saídas de mercadorias que autorizasse a presunção da ocorrência do fato gerador do ICMS.

Em que pese o lançamento fiscal se revista de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, reiterou que não há nos autos qualquer documento que demonstre a existência das omissões imputadas ao contribuinte. Discorreu na sequência que o ônus probatório cabe inicialmente a quem alega, e no caso, o autuante não comprovou por meio de documentação idônea a existência da infração fiscal. Ainda que o dispositivo legal sobre o qual se fundamentou a autuação admita a prova em contrário, cabe observar que não é o caso, haja vista que o fato inicial alegado pelo Fisco não foi sequer comprovado. Transcreveu lições de fontes doutrinárias relacionadas a essa temática.

Informou mais à frente que os valores constantes das vendas são lançados em conta de resultado (receitas), ao passo que os valores recebidos por meio de cartão de crédito se referem a pagamentos (clientes a receber) que não necessariamente transitam em contas de resultados. Para se constatar a omissão de saídas de mercadorias, entende ser necessário a verificação das entradas, das saídas, e dos estoques final e inicial da autuada. A Auditoria no caso em exame se pautou única e exclusivamente nas informações de pagamentos recebidos, encaminhadas pelas administradoras de cartão e estas informações não retratam a real movimentação de saídas de mercadorias da empresa.

Diante disto, a defesa reitera que seria preciso analisar outros documentos fiscais e contábeis, além do estoque da autuada, a fim de constatar eventual omissão de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, não sendo suficiente para imputar a infração apenas verificar os relatórios apresentados pelas administradoras de cartão.

Ao deixar de verificar estes documentos a Auditoria não constatou e não comprovou a existência do alegado ilícito, nem tampouco verificou a ocorrência do fato gerador, tratando-se, destarte, de lançamento de ofício não lastreado em elementos probatórios, razão pela qual deve ser declarado nulo com base no que dispõe art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional.

Sem prejuízo do quanto já exposto, a defesa observou que no relatório que acompanha o Auto de Infração foi aplicado o percentual de 44,32% para determinar a base de cálculo do imposto. Pontuou que o procedimento de considerar parte das operações isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária é previsto na Instrução Normativa (IN) nº 56/2007, entretanto, como essa norma não prevê qual índice deve ser utilizado no lançamento, deixa a análise a cargo da autoridade fiscal.

Ademais, considerando o teor da IN 56/2007 que faz referência à elaboração do “cálculo da proporcionalidade” admitida nos termos do item 1 daquela norma, entende também que deveria ser apresentada em anexo ao Auto de Infração a memória dos cálculos, com a explicitação da metodologia utilizada na determinação da base de cálculo da infração, isto é, o roteiro procedural seguido na determinação da exigência. Apesar disto, nos documentos anexos à peça de lançamento constam informações extremamente sintéticas contendo apenas o “valor total das aquisições”, “valor total da base de cálculo” e a “proporção de tributadas/isentas”.

Embora o lançamento tenha sido aparentemente realizado com base no roteiro previsto na IN 56/2007, afirma não haver segurança de que este roteiro legal tenha sido utilizado no caso, já que não consta no Auto de Infração nem nos anexos qualquer menção à base legal que foi utilizada para elaborar o cálculo da proporcionalidade e a consequente base de cálculo do imposto.

Voltou a declarar que não existe nos autos os documentos que serviram para determinar a base de cálculo do imposto, além de não constar na peça acusatória a memória que resultou no cálculo da proporcionalidade de 44,32%, nem tampouco o fundamento legal evidenciando qual roteiro procedural foi seguido pelo autuante.

Diante disto, sustenta mais uma vez que está configurada a impossibilidade de verificar quais elementos foram utilizados pelo autuante: 1º) para determinar a base de cálculo do imposto; 2º) para realizar o cálculo da proporcionalidade das mercadorias tributadas/não tributadas, impedindo ou mesmo dificultando o pleno exercício do seu direito de defesa.

Neste ponto, a impugnante entende que as omissões apontadas na peça de lançamento afrontam a legislação processual posta, especialmente o art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF que dispõe claramente que um dos requisitos à validade do Auto de Infração é a existência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

A defesa pede que seja declarada a nulidade do Auto de Infração considerando as omissões apontadas na peça de defesa.

Sem prejuízo das razões aduzidas no tocante à validade do lançamento, a defesa ressaltou igualmente no mérito que a autuada não realizou no período fiscalizado vendas de mercadoria sem a emissão de nota fiscal, nem tampouco prestou informações divergentes a respeito das vendas feitas com cartão de crédito.

Discorreu que os pagamentos recebidos através de cartão de crédito/débito não configuram necessariamente ocorrência do fato gerador do ICMS, ao menos não no momento do recebimento dos valores pelas administradoras de cartão. Daí porque as vendas feitas com cartão são consideradas vendas a prazo, lançadas a débito na conta de “clientes a receber” e a crédito na conta “receita de vendas”.

Quando ocorre o repasse dos valores das vendas pelas administradoras do cartão, que geralmente ocorre no mês seguinte à operação, a empresa realiza então o lançamento de baixa na conta “clientes a receber”, fazendo um lançamento a crédito e outro a débito na conta “bancos”. Essas movimentações e registros contábeis são estranhos ao campo de incidência do imposto, pois é a venda da mercadoria que configura o fato gerador do ICMS. O recebimento do respectivo pagamento não pode ser caracterizado como tal.

Considerando essas breves digressões introdutórias a defesa declarou que a empresa autuada opera na atividade de varejo, no ramo de supermercados, desde a sua abertura em 2009, e nesta condição realiza vendas à vista e vendas a prazo, através de crediário próprio, por meio de notas promissórias.

Asseverou que as vendas no crediário constituem uma prática comum, principalmente em cidades pequenas do interior baiano, a exemplo de Amargosa, onde está situado o estabelecimento empresarial.

Através dessa prática, o cliente que tem cadastro positivo no estabelecimento, abre um crediário e realiza as compras a prazo podendo efetuar o pagamento mês a mês, resgatando assim a nota promissória. Sucede que muitas vezes o pagamento das notas promissórias não é feito em dinheiro, mas por meio de cartão de crédito ou débito, sendo que o valor do pagamento é repassado à empresa pela administradora do cartão meses depois da venda realizada. Trata-se de mero recebimento de notas promissórias (vendas a prazo), que não configuram em nenhuma hipótese uma nova saída de mercadoria, nem tampouco a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Daí porque, não há no caso a hipótese aventada de omissão de saídas de mercadorias sem nota fiscal. Na realidade, a autuada, que tem diversos clientes que compram no crediário, realiza estas operações de vendas a prazo por meio de notas promissórias que são posteriormente pagas, ao menos em parte, por meio de cartão de crédito ou débito, vindo a receber os valores em momento posterior das administradoras do cartão.

Assim sendo, diante de tal prática comercial, que é lícita, sustenta a defesa estar evidenciado que dentre os pagamentos recebidos por meio de cartão de crédito ou de débito em um determinado dia ou mês, nem todos os valores se referem a vendas ocorridas naquela competência, mas são em parte referentes ao recebimento de notas promissórias vencidas, decorrente de vendas ocorridas no passado, objeto de lançamento na modalidade de venda a prazo na data da emissão do respectivo cupom fiscal. Destacou que neste caso, quando é emitida uma nota promissória, o pagamento com cartão ou dinheiro não ocorre no momento da venda feita ao cliente. O pagamento ocorre no vencimento da nota promissória, algo que geralmente ocorre nos trinta ou sessenta dias seguintes.

Assim, é possível constatar, no caso da autuada, que a existência de eventuais recebimentos de valores por meio de cartão a maior do que as vendas feitas no cartão se refere ao recebimento das notas promissórias, em razão da realização de vendas a prazo no crediário. Por isto mesmo, para fins de verificação se de fato houve a omissão de saídas, seria preciso que a Auditoria analisasse outros documentos da autuada e não apenas o relatório das administradoras de cartão em cotejo com os arquivos MDF dos equipamentos ECF.

Diante do que foi exposto, a defendente entende que a fiscalização não agiu com observância da verdade material, nem verificou de forma efetiva a ocorrência do fato gerador, aplicando a presunção legal com base em elementos insuficientes. Para comprovar as suas alegações, a autuada anexou na peça impugnatória planilhas referenciando todos os cupons fiscais, notas promissórias e respectivos pagamentos recebidos com cartão de crédito/débito – valor e bandeira - além dos cupons e demais relatórios emitidos a partir do sistema gerencial do supermercado.

Ressaltou ainda que nem todos os valores recebidos através de cartão são coincidentes com os valores dos cupons fiscais em razão dos pagamentos serem feitos mês a mês, podendo se referir a mais de uma venda, isto é, a mais de um cupom fiscal, ou ainda, a parte de uma venda. Também acontece de o acumulado do mês ser pago por um cliente, parte em cartão e parte em dinheiro. Em outras situações o cliente recebe um desconto no momento do pagamento. Tudo isto consta das informações inseridas nas planilhas anexas, elaboradas mês a mês, contendo todos os pagamentos de notas promissória por meio de cartão de crédito/débito e diferenças pagas em dinheiro, bem como os descontos eventualmente concedidos.

Neste cenário, a defesa afirmou que o § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96 admite o lançamento por presunção, salvo prova em contrário, o que no seu entender restou evidenciado a partir dos elementos de prova apresentados na inicial defensiva.

Em razões subsidiárias a defesa sustentou o excesso da multa lançada no Auto de Infração, no percentual de 100% do valor do imposto, que entende possuir caráter confiscatório, conjugado com a ilegalidade da aplicação da taxa Selic no cálculo dos acréscimos moratórios.

Sobre o efeito confiscatório da multa pecuniária, transcreveu na inicial, precedente originário do STF, no RE 657372, Relator Ministro Ricardo Lewandowsky. Pugna pela revisão do ato de

lançamento tributário considerando as disposições contidas no art. 150, inc. IV da CF, através da redução da multa, caso seja mantida a exigência dos valores cobrados a título de ICMS.

Além da multa de mora, consta no auto de infração a exigência de acréscimos moratórios no valor total de R\$5.074,87, que decorrem da indevida cumulação da taxa SELIC com juros de mora, nos termos previstos no art. 102 do Código Tributário Estadual (Lei nº 3.956/81), norma transcrita na peça impugnatória. Afirmou ser vedada a cumulação da Taxa Selic com qualquer outro índice de juros de mora, haja vista que a Selic por si só já tem a conotação de juros moratórios e/ou remuneratórios, conforme entendimentos reiterados do Supremo Tribunal Federal, conforme trecho de Decisão daquela corte superior, transcrita abaixo:

*“AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. CRÉDITOS ESCRITURAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...). Por oportuno ressaltar que a mencionada Taxa não pode ser cumulada com outros índices de correção monetária ou juros moratórios. A Taxa SELIC ora tem a conotação de juros moratórios, ora de remuneratórios, a par de neutralizar os efeitos da inflação, constituindo-se em correção monetária por vias oblíquas. (...)”. (STF. ARE 656195. Min. Rel. Luiz Fux. Dje 20/02/2013).*

Portanto, considerando a cumulação indevida de multa moratória com juros de mora e atualização monetária no Auto de Infração, impõe-se mais uma vez a improcedência do lançamento ou na pior das hipóteses a redução/exclusão de tais percentuais sob pena de violação ao princípio constitucional da vedação ao confisco.

Na sequência, a defesa pede que o presente processo seja convertido em diligência, com base no disposto no § 3º, do art. 123 do RPAF, com o objetivo de que seja verificada a inexistência de omissão de saídas de mercadorias e o recebimento de valores através de cartão de crédito em pagamento de notas promissórias emitidas nas vendas a prazo pelo seu crediário.

Ao finalizar a peça impugnatória a defesa formulou os seguintes pedidos:

- 1º declaração de nulidade total do auto de infração ante as razões retro expostas;
- 2º ultrapassados os vícios formais requer que seja reconhecida a total improcedência dos valores lançados;
- 3º na hipótese de procedência, ainda que parcial, requer seja a multa reduzida e os acréscimos moratórios sejam limitados à incidência da taxa Selic ou a juros de mora de 1% ao mês.

Pediu ainda seja oportunizado prazo para manifestação e juntada de outros documentos que se façam necessários a depender do teor da manifestação fiscal e/ou do resultado da diligência.

Por fim, pede que as intimações de todos os atos processuais sejam encaminhadas para o endereço da advogada subscritora da inicial defensiva, sob pena de nulidade do feito.

Prestada a Informação Fiscal em 16/12/2020, peça processual juntada à fl. 21 dos autos.

Discorreu o autuante que a Auditoria Fiscal em exame foi realizada a partir da verificação dos lançamentos efetuados na escrita fiscal, a partir das informações contidas nas notas fiscais eletrônicas e cupons fiscais emitidos pelo contribuinte, confrontados com os valores recebidos por meio de operações pagas através de cartões de crédito e de débito (TEF), a partir dos dados fornecidos pelas administradoras de cartão à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

A metodologia de apuração do imposto consistiu em verificar a partir dos valores informados pelas administradoras de cartões se o autuado emitiu o correspondente cupom fiscal ECF. Não se encontrando o correspondente cupom, fez-se ainda confrontação dos valores TEF com o repositório de notas fiscais eletrônicas emitidas pela autuada, considerando a possibilidade do autuado ter efetuado operações de vendas através desse instrumento.

Ressaltou a Auditoria que a defesa não apresentou nenhum documento fiscal que pudesse corroborar as suas alegações. Que a peça defensiva foi instruída apenas com extensos relatórios internos, válidos tão somente no âmbito da organização empresarial, sem que os mesmos tivessem suporte em cupons ECF, fitas detalhe ou notas fiscais eletrônicas, sendo, portanto, incapazes de atestar as alegações defensivas. Acrescentou que os métodos internos de comercialização apresentados na peça impugnatória apenas comprovam a violação da norma tributária de que toda operação deve estar respaldada na emissão de documentos fiscais.

Concluiu o autuante que os argumentos e elementos probatórios apresentados na inicial defensiva estão a configurar “*mero ardil procastinatório*”, estando devidamente demonstrada no Auto de Infração a explícita violação pelo contribuinte da norma legal tributária.

Este é o Relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal relacionada à falta de recolhimento do imposto em decorrência da apuração de omissão de saídas de mercadorias sujeitas à tributação pelo ICMS nos meses discriminados no Demonstrativo de Débito do lançamento – janeiro a dezembro do exercício fiscal de 2017. A base probatória do lançamento tem por lastro as informações de vendas processadas pelo contribuinte através de cartões de crédito e/ou de débito, sem a correspondente emissão de documentos fiscais, a partir dos relatórios TEF fornecidos pelas Administradoras de Cartão com as quais o sujeito passivo mantém relação comercial.

A exigência fiscal recaiu, portanto, sobre as diferenças apuradas nos valores de faturamento de vendas de mercadorias registradas na escrita fiscal do sujeito passivo, acobertadas por notas fiscais e cupons fiscais emitidos através dos ECFs (Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais), em confronto com informações de receitas fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito/débito.

O imposto foi lançado de ofício quando os valores das receitas originárias de operações processadas através de cartões foram aritmeticamente superiores aos lançados na escrita fiscal da empresa considerando essa modalidade de pagamento. A cobrança do imposto está fundamentada legalmente nas disposições do art. 4º, § 4º, inc. VI da Lei Estadual nº 7.014/96, que apresenta a seguinte redação:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

(...)

*§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:*

(...)

*VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

*a) instituições financeiras;*

*b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*

*c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;*

Incumbe a esta relatoria inicialmente enfrentar as preliminares de nulidades suscitadas na peça defensiva, centradas na tese de que a exigência fiscal foi estabelecida sem a exibição dos elementos básicos configuradores da infração e sem o detalhamento da base imponível e do cálculo do percentual da proporcionalidade entre operações tributadas/isentas e não tributadas, implicando em cerceamento ao direito de defesa e em ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal.

Estamos diante de considerações defensivas em torno dos aspectos formais e materiais do lançamento.

Sob a ótica formal, observo que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades exigidas pelo RPAF (Decreto nº 7.629/99), tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciadas de acordo com demonstrativos de débito inseridos entre as fls. 02 a 07 do presente PAF. Houve ainda a indicação correta do nome (razão social), do endereço e dos demais dados relacionados à qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação considerados infringidos. O contribuinte foi notificado de todas as etapas do procedimento fiscal, desde o início da auditoria até a conclusão dos trabalhos, com a lavratura do Auto de Infração. Inexistem, portanto, vícios formais do procedimento fiscal enquadráveis nas disposições do art. 18 do RPAF, capazes de anular os atos praticados ou mesmo impossibilitar a este órgão julgador que venha a ingressar nas questões de mérito ventiladas na inicial defensiva.

No que tange às questões de ordem material, com destaque para a análise da base probatória da autuação, com a correspondente demonstração na peça acusatória dos elementos configuradores do fato gerador do tributo, alcançando os aspectos pessoal, espacial, quantitativo e o fato imponível em si, verifico que foi entregue ao contribuinte, quando do encerramento da ação fiscal, as informações diárias fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, que serviram de lastro para apuração do imposto lançado neste Auto de Infração (docs. fls. 03 a 07). Da mesma forma, no que se refere à quantificação da base imponível foi detalhado e apresentado ao sujeito passivo o Demonstrativo de Apuração do ICMS estruturado a partir dos valores informados pelas Administradoras de Cartão nos valores apurados sem o suporte em documentos fiscais, para cada período mensal. Demonstrada na sequência a proporção de entradas de mercadorias tributadas em relação ao total das aquisições, em conformidade com os procedimentos de Instrução Normativa 56/2007, valores apurados a partir dos dados extraídos da escrita fiscal da empresa no exercício de 2017: números apresentados na planilha inserida à fl. 02 verso. No mesmo Demonstrativo foi quantificada a base imponível do imposto através da aplicação do percentual de entradas tributadas sobre as receitas apuradas sem correspondente lastro em documentação fiscal, encontrando-se, para cada mês de apuração, o valor do ICMS não recolhido, totalizando a quantia de R\$28.408,25.

A partir desses elementos de prova com a citação das correspondentes fontes de informação, não vislumbramos neste processo omissões que possam ter impedido o contribuinte de ofertar a sua defesa de mérito. Se correto ou não o lançamento, no que se refere aos aspectos materiais acima apontados, é questão que será apreciada no exame de mérito das cobranças lançadas no Auto de Infração.

#### Nulidades afastadas.

Houve o pedido defensivo de conversão do feito em diligência saneadora, visando melhor apuração dos fatos. De logo indefiro o requerimento da defesa de produção de prova revisional, através de diligência ou perícia fiscal-contábil, pois vislumbro presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca das exigências fiscais, conforme será também melhor exposto mais à frente. Aplica-se ao caso o que se encontra previsto no art. 147, inc. I, alíneas “a” e “b” do RPAF – Dec. nº 7.629/99.

Passaremos a abordar doravante as questões de ordem substancial do presente lançamento de ofício.

Os argumentos defensivos estão basicamente centrados na afirmação de que a empresa autuada não incorreu nas omissões apontadas no Auto de Infração considerando que grande parte dos valores financeiros recebidos das operações de cartão de crédito ou débito decorreram de quitação de notas promissórias emitidas nas vendas de mercadorias pelo crediário próprio, situação não configuradora de fato gerador do ICMS. Que o fato gerador do imposto se concretizou quando das vendas das mercadorias, ocasião em que foram emitidos os

correspondentes documentos fiscais que geraram o recolhimento do tributo. Já os recebimentos posteriores às vendas, verificados ordinariamente entre 30 a 60 dias após aquelas operações, representaram mero ingresso de recursos financeiros registrados na contabilidade empresarial, mas sem qualquer repercussão para fins de incidência do ICMS.

Considerando que no caso concreto o lançamento fiscal está estruturado em presunção legal relativa, positivada no art. 4º, § 4º, inc. VI da Lei nº 7.014/96, cuja base probatória são as informações TEF fornecidas pelas administradoras de cartão, comprovando o ingresso de recursos financeiros na empresa, impõem-se neste momento o exame do acervo probatório trazido pela defesa, visando exatamente verificar se este acervo é capaz de desconstituir lançamento fiscal. O ônus probante neste caso é do sujeito passivo.

A defendente fez diversas considerações em torno de lançamentos contábeis referentes às receitas auferidas por vendas de mercadorias a prazo, garantidas através da emissão de notas promissórias, quitadas posteriormente através de pagamentos realizados por meio de cartões de crédito ou débito, com o correspondente regaste daqueles títulos de crédito pelos devedores, prática que afirmou ser habitual no seu ramo de negócios, que envolve a venda de mercadorias no varejo.

Ocorre que os citados lançamentos contábeis supostamente levados a registro nos livros comerciais da empresa não foram apresentados na peça defesa, ainda que por amostragem. Não houve a juntada de cópia amostral dos livros comerciais do estabelecimento, a exemplo do Caixa, Diário ou Razão contemporâneos às ocorrências citadas na inicial e o correspondente lastro documental a evidenciar essas operações. O único documento apresentado, em formato digital, foi uma planilha no formato PDF, denominado “Relatório de Vendas Crediário”, sem qualquer assinatura ou mesmo referência aos dados da empresa autuada. Parece um relatório gerencial interno, porém sem a devida cobertura documental. Trata-se, portanto, de documento sem valor probante, que faz menção a notas promissórias e cupons fiscais, mas sem qualquer vinculação entre o mesmo e aos números dos boletos de cartão de crédito emitidos pelas bandeiras das respectivas Administradoras de Cartão.

Exatamente, por essas razões, é que esta relatoria, no exame preliminar feito, indeferiu o pedido da defesa para que este processo fosse remetido em diligência visando a apuração de dados da escrita fiscal e comercial do próprio contribuinte. Caberia ao sujeito passivo ter apresentado essas provas, nesta fase do feito, ainda que por amostragem, de forma que a sua inércia não pode ser utilizada para invalidar as cobranças lançadas de ofício pela fiscalização.

O acervo probatório apresentado pela defesa é frágil e se revela insuficiente a desconstituir o lançamento fiscal, na medida em que as receitas auferidas por estabelecimento comercial, contribuinte do ICMS, salvo demonstração robusta em contrário, são presumidas pela lei de regência do imposto como decorrentes de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, conforme estabelece o art. 4º, § 4º, inc. VI da Lei nº 7.014/96.

No que se refere à quantificação da base imponível, conforme já exposto linhas acima, no exame das preliminares de nulidade, o imposto foi calculado considerando que a empresa autuada revende mercadorias beneficiadas com isenção, redução da base de cálculo ou mesmo sujeitas ao recolhimento antecipado pelo regime de substituição tributária. Nessas circunstâncias, a Auditoria aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, para considerar no montante das receitas de vendas omitidas, o percentual de operações sujeitas à tributação pelo regime normal de apuração do ICMS, considerando como base desta apuração as entradas de mercadorias sujeitas à incidência de imposto sobre o total das aquisições, no exercício 2017.

Não desconstituída pela defesa, portanto, a presunção de omissão de saídas tributadas com os correspondentes valores lançados no Auto de Infração, razão pela qual não há qualquer reparo a ser feito no que refere ao lançamento fiscal.

O contribuinte em razões subsidiárias sustenta o excesso da multa lançada no Auto de Infração, no percentual de 100% do valor do imposto, que entende possuir caráter confiscatório, em

violação à Constituição Federal, conjugado com a ilegalidade da aplicação da taxa Selic no cálculo dos acréscimos moratórios.

A penalidade de 100% do valor do imposto lançado no Auto de Infração corresponde à parcela do lançamento de ofício que decorre expressa disposição da legislação do ICMS – Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. III. Essa disposição normativa não pode ser afastada pelo órgão julgador, pois é vedado ao CONSEF decretar a constitucionalidade ou ilegalidade da norma posta no ordenamento jurídico tributário. Assim dispõe o art. 167, incisos II e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia). O precedente judicial citado na peça impugnatória não é vinculante para a Administração Tributária baiana, vez que proferida em controle difuso de constitucionalidade, produzindo efeitos “inter partes”.

A análise de constitucionalidade da lei do ICMS do Estado da Bahia é questão que somente poderá ser apreciada através do manejo, pelo contribuinte, de ações perante o Poder Judiciário. Dessa forma, o pedido de exclusão ou adequação das penalidades não pode ser acolhido na seara administrativa. Ademais, a lei do ICMS acima referenciada, nos arts. 45 e 45-B estabelece reduções consideráveis das multas lançadas em Auto de Infração que variam entre 90% e 25% em caso de pagamento.

Pertinente a parcela dos acréscimos moratórios, nos termos art. 51 da Lei 7.014/96, que alterou a redação do art. 102 do COTEB (Lei nº 3.956/81), os juros moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento. Não é aplicado acréscimos moratórios sobre o valor das multas. Também em relação a essa parcela do lançamento é vedado ao órgão de julgamento, pelas razões já acima expostas, declarar a constitucionalidade de disposição expressa da legislação estadual que estabelece a incidência de acréscimos equivalentes à taxa SELIC sobre créditos reclamados através de lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, conforme estabelecido no art. 102, § 2º, inc. II da Lei nº 3.956/81 (COTEB). A exclusão requerida pela defesa da taxa SELIC é medida que está fora da competência dos órgãos administrativos de julgamento, por decorrer de expressa disposição de lei.

Considerando o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA “*in totum*” do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281318.0010/20-8**, lavrado contra **BOM VAREJO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.408,85**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

As intimações dos autos decisórios deste PAF deverão ser encaminhadas para o endereço da defensora do contribuinte, constituída através do instrumento de representação encartado na mídia digital doc. fl. 20), conforme requerimento formulado à pág. 19 dos autos. Endereço indicado na peça impugnatória.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 22 de junho de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR