

A. I. N° - 281317.0006/19-4
AUTUADO - ADALCIR M BORGES
AUTUANTE - JONEY CÉSAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/10/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0197-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE O VALOR DAS VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO INFORMADO PELO CONTRIBUINTE E O VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Considerações de defesa não são suficientes para elidir a autuação. Afastadas as nulidades arguidas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 07/10/2019, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 691.112,91, pela constatação da infração a seguir descrita.

Infração 01 – 05.08.001. Omissão de saída de mercadoria tributada 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 anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 10 a 28 dos autos. Os Relatórios TEF constam do CD/Mídia de fl. 29 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 691.112,91, com enquadramento no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96 e multa de 100% tipificada no art. 42, inciso III, do mesmo diploma legal.

Como informações complementares o agente Fiscal Autuante informa que o valor do ICMS devido apurado, considerando que o contribuinte tem forma de apuração pelo conta corrente fiscal, em que o recolhimento de ICMS normal do contribuinte foi ZERO ao longo dos exercícios fiscalizados, considerando, também, o coeficiente de proporcionalidade das mercadorias isentas, não tributadas e tributadas, abatendo, ainda, os créditos das notas fiscais de entradas de mercadorias destinadas ao contribuinte, obtidas através do SPED.

Às fls. 37 a 48 dos autos, o Contribuinte Autuado apresenta sua defesa, na qual traz os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 04.264.204/0001-90, situada na Rua Adelina de Sá, nº 484, Centro, Camaçari, Bahia CEP 42.800-060, intimada fora de seu domicílio fiscal da lavratura do Auto de Infração nº 281317.0006/19-4, cobrando ICMS dos anos calendário de 31/01/2016 a 31/10/2018, vem, respeitosamente, oferecer a presente impugnação, conforme os termos a seguir descrito.

I. DOS FATOS

Registra que, através do Auto de Infração informou, o Sr Auditor, que em razão da apuração de omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de créditos, entendeu ter havido omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com créditos tributários lançados nos períodos de 2016 a 2018, assim, foi lavrado processo.

Assim, diz que, a defesa aplica a mesma técnica do Sr. Auditor, identificando aqui defesa para o Auto de Infração, cobrando ICMS dos anos calendário de 2016 a 2018, com base nos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir.

Inicialmente importa deixar registrado que o Autuante informou na descrição dos fatos ter sido o Auto de Infração o valor apurado, considerando-se que o contribuinte tem forma de apuração pelo conta corrente fiscal, em que o recolhimento de ICMS normal do contribuinte foi “zero” ao longo dos exercícios fiscalizados, considerando-se o coeficiente de proporcionalidade das mercadorias isentas, não tributadas e abatendo-se os créditos das notas fiscais de entradas de mercadorias destinadas ao contribuinte, obtidas através do SPED.

Quando de fato, consigna que, se está diante de uma fiscalização e do lançamento como este arbitramento, a “Ordem” de preposto da Administração Estadual! De Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento com pagamento de cartão de crédito, mais se assemelha à sentença transitada em julgado de tribunal de exceção condenando-a a pagar impostos com base em presunção e arbitramento que vilipendiam o direito da Empresa Autuada e o de qualquer cidadão nestas condições.

Pontua que a empresa sempre teve a disposição atender à solicitação de apresentação de documentos ou imediata de seus Livros Contábeis e Fiscais, solicitado pela auditoria. Entretanto, entendeu o Auditor lavrar o Auto de Infração a partir de presunções de vendas, partindo para o arbitramento dos impostos, tudo em desrespeito ao princípio da legalidade objetiva, da busca pela verdade material, vilipendiando o princípio da ampla defesa e da segurança jurídica.

Frisa que a base de cálculo encontrada para a apuração do ICMS de janeiro de 2016 a outubro de 2018 está totalmente equivocada, invalidando por completo o Auto de Infração em tela, os pressupostos para tomá-la como parâmetro também destoam da realidade fática, como a seguir se demonstrará adiante.

Após trazer considerações do que ensina Ruy Barbosa Nogueira, diz que as constatações de venda com pagamento em cartão de crédito como Omissão de Saída de Mercadoria Tributada descritas no Auto de Infração não servem de base para a lavratura deste auto de infração pois não possuem amparo fático-legal, indo de encontro ao posicionamento dos Tribunais como melhor aduz explicar adiante.

Consigna que, em relação a Omissão de Saída de Mercadoria Tributada por parte da empresa, a Autuação se equivoca na medida em que se utiliza premissas totalmente desconectada com os fatos e com a documentação por ela própria trazida aos Autos, pois, na quase sua totalidade as vendas da empresa são efetuadas através de cartão crédito.

Entretanto, diz que, uma substancial parcela dos valores de cartão de crédito refere-se a frete de terceiros para entrega das mercadorias. Aduz que esses valores não são de propriedade da empresa, ou seja, é utilizada o cartão de crédito da empresa e os respectivos valores repassados a terceiros que prestam esses serviços.

Outro fator a ser salientado, que a forma de apuração de omissão de saída deve ser através do levantamento de estoque, auditoria entre as mercadorias entradas e saída, onde seria encontrada, se for o caso possíveis divergências no estoque.

Pelo confronto entre as quantidades de mercadorias adquiridas e vendidas, vê-se de forma clara e objetiva, que não há como encontrar as quantidades e valores de omissão de mercadorias tributadas descritas no Auto de Infração.

Após traçar considerações sobre o princípio do ônus da prova, consigna que é preciso se ter em mente que a descrição dos fatos impositivos no auto em tela violou o princípio da tipicidade cerrada, corolário da segurança jurídica dos cidadãos.

Registra que há certas áreas do Direito que exigem, com maior intensidade a satisfação plena do princípio da certeza para, proporcionalmente, atender ao princípio da segurança. Não pode a autoridade fiscal, assim, fugir do que está previsto em lei, para, contrariamente, fazer a “sua

própria legislação”.

Após outras considerações, frisa que se tratassem a documentação constante do Auto de Infração de Notas Fiscais de empresas para as quais o Contribuinte vendesse suas mercadorias, aí sim, provar-se-ia receita de venda, base de cálculo dos impostos aqui lançados, o que não se desincumbiu o Autuante, especialmente para os anos de 2016 e 2018. Em verdade o pagamento em cartão de crédito (vendas, compras e pagamentos de ICMS) efetuado pelo Contribuinte não espelham seu fluxo financeiro.

Diz que se indicou como omissão de saída de mercadoria tributada, de forma absolutamente arbitrária os valores de janeiro de 2016 a outubro de 2018, quando ao se consultar as receitas e despesas consolidadas não se encontra este valor, sequer chega-se perto com os acréscimos descritos no Auto. Ao observar os registros no estabelecimento, não se é possível encontrar a base de cálculo apontada para as saídas, sequer para os valores cobrados e descritos no auto.

Ainda trazendo outras considerações, inclusive fazendo referência decisão Ac. 303-25.277, Rel Hélio Louyola de Alencastro, publicado no DOU de 10/03/89, p. 3754, diz que está evidente, com apoio jurisprudencial, que a ação fiscal foi eivada de inteira nulidade, não podendo perpetrar à luz dos princípios do processo administrativo fiscal, que recomendam a perfeita constituição do crédito tributário, em especial no que se referem à necessidade que sejam atendidos os corolários jurídicos ao direito tributário, a exemplo do princípio da ampla defesa, a fim de que seja preservado o contraditório e se faça o devido processo legal.

Isto posto, tem-se por certo que o crédito tributário não ficou constituído de forma legítima, por não ter se assentado dentro do mais estrito princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, o que implica, de forma inexorável, em sua nulidade.

Seguindo sua peça de defesa, registra que autuação omite a indicação de como foi encontrada a base de cálculo. Aduz que se limita a indicar uma suposta presunção e, diante de indicação com base em livros fiscais aponta valor a ela exorbitante, não diz de onde veio *imputando* ao Autuado verdadeiro exercício de adivinhação.

Pontua que nenhum valor apontado mês a mês no Auto de infração equivale aos valores indicados pela fiscalização. Foram sempre apontados valores muito, menores. A referência à omissão de saída de mercadorias tributadas, sendo, portanto incongruentes as informações. Mais adiante diz que a autuação não descreve a base de cálculo dos impostos impossibilitando por completo a defesa.

Mudando, então, suas considerações de defesa, diz que outro aspecto relevante também merece ser contestado. Como é sabido, o direito prevê a imposição de sanções para o descumprimento de suas prescrições normativas. Em matéria de Direito Tributário, tem relevo, como forma sancionatória, a aplicação de multas contra aqueles que deixam de cumprir suas obrigações, tanto aquelas ditas principais, quanto aquelas denominadas acessórias.

Contudo, conforme se infere da interpretação do art. 150 da Constituição Federal, em matéria tributária a aplicação das multas não pode ocorrer de tal modo que onere excessivamente o patrimônio do Contribuinte, causando o chamado “confisco”.

Após traçar entendimentos de conhecedores do direito associado a julgados do STF, diz que, no caso *sub exanime*, percebe-se que as multas de 100%, apuradas como base de cálculo alargada, sobressai a confiscatoriedade. Como não se falar no caráter confiscatório de multas à proporção de 100% que representam, isoladamente consideradas, muito mais da metade do valor supostamente devido a título de ICMS?

O caráter confiscatório de tais multas é flagrante, uma vez que o Fisco Estadual está cobrando do autuado, além do quanto supostamente devido a título de ICMS, já descritos anteriormente, mais de 100% deste valor, ou seja, além do quanto supostamente devido, pretende o Autuante arrecadar aos seus cofres mais 100% do mesmo, transformando a multa, verdadeiro acessório, em principal, o que deve ser rechaçado de plano por este Conselho de Fazenda.

Diante destes fatos, principalmente por não prosperar a imputação principal pois não devida pede seja reconhecida a nulidade da imputação da multa formal catalogada nas Infrações ou, alternativamente, que seja imputada no valor menor por ser de justiça.

Assim não entendendo, partindo do fato concreto à que o a autuado não deveria recolher as diferenças do ICMS para 2017 a 2018, pois, paga em dia seus impostos, agiu de boa fé e sendo justificável a dúvida de interpretação da legislação tributária vigente **requer a dispensa por equidade da multa por infração da obrigação principal.**

Assim, a empresa está à disposição deste órgão Julgador para realização de qualquer diligência e perícia, tudo a demonstrar a inconsistência do auto de infração, que a impediu de lançar mão de provas no tempo dado pela autuação.

II. CONCLUSÃO

Por fim, sabendo da alta capacidade de apreciação da matéria, que possuem conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade notórios, espera a prevalência do bom senso, da ordem tributária federal e o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração por total falta de fundamento e validade.

Diante de tudo quanto exposto, o Autuado pede e espera que seja dado provimento à presente Defesa para que, julgando assim improcedente a cobrança em tela e julgue improcedente as multas por descumprimento de obrigação principal e acessória, dispensando-as.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 58/59 dos autos, onde, após descrever a imputação, apresenta suas contrarrazões, que a seguir passo a descrever:

Preliminarmente, diz que essa empresa autuada nunca recolheu o ICMS normal relativo a qualquer dos meses do período fiscalizado, qual seja 01/01/2016 a 31/12/2018, como também não o recolheu relativo a exercícios anteriores. Aduz, então, que foi esse comportamento da autuada que despertou suspeitas sobre a idoneidade da empresa e levou a inspetoria fiscal a programar fiscalização, com roteiro de fiscalização sumária, pois também foi constatado que a empresa tinha compras destinadas a ela, o que se identificou por existir notas fiscais eletrônicas destinadas a ela, mas não oferecia qualquer valor de suas vendas à tributação.

Quando se ler as razões de defesa, diz que se percebe que são elencados vários argumentos com explicações jurídicas, mas que não trazem qualquer demonstração do que a empresa tenha pago relativo a ICMS normal que seja capaz de diminuir o lançamento efetuado.

Consigna que se percebe é que os argumentos utilizados na impugnação são escritos apenas para dar a impressão de que há algo a ser defendido, mas, aprofundando o conhecimento sobre o comportamento tributário da autuada, conclui-se que esses argumentos são nuvem de fumaça para procrastinar a cobrança da obrigação tributária.

Registra que o roteiro adotado à fiscalização é de entendimento bem simples e classicamente utilizado nas ações fiscais de estabelecimento, conforme a seguir:

- 1) *Obtem-se as informações que as instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito/débito forneceram à SEFAZ-BA referentes às operações diárias de valores oriundos de pagamentos efetuados através de cartões de crédito ou de débito, tendo a autuada como beneficiária desses pagamentos, e é de entendimento universal que esses pagamentos à autuada, feitos a benefício dela, correspondem aos pagamentos das suas vendas de mercadorias realizadas, pagas pelos seus clientes através de cartões de débito ou de crédito;*
- 2) *Compara-se os totais mensais das vendas da autuada oferecidos à tributação com os totais mensais dos pagamentos efetuados a benefício dela, conforme descrito no item anterior;*
- 3) *Encontrando-se os totais mensais dos pagamentos efetuados por cartão de crédito/débito, obtidos conforme descrito no item 1, maiores do que os totais mensais das vendas da autuada oferecidos à tributação, então se conclui que a autuada omitiu vendas, ou seja, omitiu saídas de mercadorias tributadas naquele mês;*
- 4) *Calcula-se, para cada mês, a proporção das entradas de mercadorias tributadas em relação ao total das entradas de todas as mercadorias, a fim de, por critério de justiça, estabelecer a proporção mensal das*

mercadorias tributáveis em relação ao total de todas as mercadorias;

- 5) *Sobre os valores mensais de omissão de saídas, obtidos conforme descrito no item 3, aplica-se a alíquota do ICMS Normal daquele mês e também o percentual daquele mês da proporção das entradas de mercadorias tributadas em relação ao total das entradas de todas as mercadorias, obtendo, assim, o ICMS Normal a ser pago relativo às omissões de saídas tributadas.*

Continuando, diz que, como a autuada não ofereceu qualquer valor de venda à tributação e não efetuou qualquer pagamento de ICMS Normal, tendo sua apuração de ICMS através de conta corrente fiscal, então o resultado do trabalho da fiscalização é o apresentado através da autuação, embasado nos demonstrativos constantes nas fls. 10 a 28 do presente PAF, já calculadas as proporcionalidades mensais das mercadorias tributadas em relação ao total de todas as mercadorias.

Pede para verificar as fls. 11 a 14, relativo ao ano 2016; as fls. 16 a 22, relativo ao ano 2017; e as fls. 24 a 28, relativo ao ano 2018. Por sua vez, as informações das operações diárias de pagamentos por cartões de crédito/débito, vide fl. 29, relativo ao envelope contendo mídia com os arquivos digitais dos anos 2016, 2017 e 2018.

Em conclusão diz, o agente Autuante, não acolher os argumentos de impugnação da defesa, pois eles apenas foram apresentados com a intenção de procrastinar a cobrança do que é devido, pela autuada ao Estado da Bahia, e mantém integralmente os temas da autuação fiscal.

Às fls. 66/67 dos autos, vê-se Termo de Intimação dando ciência da Informação Fiscal de fl. 58/59 ao Contribuinte Autuado, por AR/Correios, que se manteve silente.

À fl. 165 versos, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Preliminarmente, o defendente traz todo um arrazoadado com explicações jurídicas, para, em algum momento da peça de defesa, dizer que, por certo, o crédito tributário, objeto em análise, não ficou constituído de forma legítima, por não se ter assentado dentro do mais estrito princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, o que implica, de forma inexorável, ao seu entender, em sua nulidade.

Seguindo, então, sua peça de defesa, registra que a autuação omite a indicação de como foi encontrada a base de cálculo. Aduz que se limita a indicar uma suposta presunção e, diante de indicação com base em livros fiscais aponta valor a ela exorbitante, não diz de onde veio imputando ao Autuado verdadeiro exercício de adivinhação.

Pontua que nenhum valor apontado mês a mês no Auto de infração equivale aos valores indicados pela fiscalização. Foram sempre apontados valores muito, menores. A referência à omissão de saída de mercadorias tributadas, sendo, portanto incongruentes as informações. Mais adiante diz que a autuação não descreve a base de cálculo dos impostos impossibilitando por completo a defesa.

Não é o que vejo das peças processuais de constituição do lançamento, ora em análise. Têm-se dos demonstrativos analíticos anexados aos autos, na forma impressa, às fls. 10 a 28 dos autos, contendo todos os elementos e dados necessários à perfeita compreensão da infração imputadas e do *quantum* devido de ICMS lançado por omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito fornecido por administradora de cartão.

Também se tem os Relatórios de Informações de Transferência Eletrônica de Dados – *Anual* – impressos às fls. 7, 8 e 9; e os Relatório Analíticos Diários por Administradora de Cartão, em CD/Mídia de fl. 29, além de outros registro necessários à constituição do lançamento fiscal, no caso em tela, Informações Cadastrais do Contribuinte Autuado extraído do Sistema INC da SEFAZ, onde demonstra a modalidade de apuração do imposto do autuado – o de conta corrente fiscal – tudo isso formando o conjunto de elementos probantes na constituição do lançamento fiscal

elaborados de forma clara, objetiva, consistente à perfeita compreensão da infração imputada, em total sintonia ao disposto nos artigos 39, 40, 41 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Considerando, portanto, que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que toda a acusação consta os dispositivos legais tidos como infringidos e está devidamente lastreadas em demonstrativos sintéticos e analíticos entregues em mídia, conforme se pode observar no documento (Intimação) à fl. 34 dos autos, afasto, então, as nulidades arguidas e passo a análise do mérito da autuação.

O Auto de Infração, em tela, lavrado 07/10/2019, resultou de uma ação fiscal realizada por agente Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ VAREJO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 503355/19, constituiu o presente lançamento fiscal por omissão de saída de mercadoria tributada 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 anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 10 a 28 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 29. Lançado ICMS no valor de R\$ 691.112,91, com enquadramento no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96 e multa de 100% tipificada no art. 42 incisos III, do mesmo diploma legal.

Como informações complementares o agente Fiscal Autuante informa que ***“o valor do ICMS devido apurado, considerando-se que o contribuinte tem forma de apuração pelo conta corrente fiscal, em que o recolhimento de ICMS normal do contribuinte foi “zero” ao longo dos exercícios fiscalizados, considerando-se, também, o coeficiente de proporcionalidade das mercadorias isentas, não tributadas e tributadas, abatendo, ainda, os créditos das notas fiscais de entradas de mercadorias destinadas ao contribuinte, obtidos através do SPED.*”**

Vê-se, então, que a autuação tem como fundamentação legal: Artigo 4º, § 4º, inciso VI, da Lei Estadual 7.014/96, que assim dispõe:

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 declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

Inicialmente registro, da análise das peças que compõe o presente processo, todos os dados que serviram para o desenvolvimento dos roteiros de auditoria, que resultou no levantamento fiscal, ora em análise, foram extraídos do ambiente do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, do Relatório de Informações de Transferência Eletrônica Financeira - TEF fornecido por instituição administradora de cartão de crédito e de débito, e de outras informações fiscais extraídas da base de dados do Sistema de Informações do Contribuinte – INC da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Registro, também, que os demonstrativos analíticos anexados aos autos, na forma impressa, às fls. 10 a 28 do presente PAF, foram elaborados de forma clara, objetiva e consistente, contendo todos os elementos e dados necessários à perfeita cognição da infração e do *quantum* devido de ICMS decorrente de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito fornecido por instituição financeira e administradora de cartão nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme os termos da autuação.

Vê-se, assim, que o agente Autuante, na constituição do lançamento fiscal, como posto em sede de Informação Fiscal, assim, assertivamente procedeu:

Primeiramente, obteve as informações que as instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito/débito forneceram à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, referentes às operações diárias de valores oriundos de pagamentos efetuados através de cartões de crédito ou de débito,

tendo a autuada como beneficiária desses pagamentos.

Segundo, comparou os totais mensais das vendas da autuada oferecidos à tributação, no caso em tela “zero”, com os totais mensais dos pagamentos efetuados a benefício dela, conforme descrito no item anterior.

Terceiro, encontrou os totais mensais dos pagamentos efetuados por cartão de crédito/débito, obtidos conforme descrito no penúltimo parágrafo acima, maiores do que os totais mensais das vendas da autuada oferecidos à tributação – no caso em tela “zero” - então concluiu que a autuada omitiu vendas, ou seja, omitiu saídas de mercadorias tributadas naquele mês.

Quarto, calculou, para cada mês, a proporção das entradas de mercadorias tributadas em relação ao total das entradas de todas as mercadorias, a fim de, por critério de justiça, estabelecer a proporção mensal das mercadorias tributáveis em relação ao total de todas as mercadorias – no caso em tela, em relação a todo o período fiscalizado, encontrou o índice de 100%, indicando que todas as mercadorias que entraram no estabelecimento da defendente são mercadorias tributadas nas saídas.

Quinto, sobre os valores mensais de omissão de saídas, obtidos conforme descrito no parágrafo acima pertinente, aplicou a alíquota do ICMS vigente à época dos fatos – 17% ou 18% - observando o índice de proporcionalidade de tributação nas saídas das mercadorias - *no caso em tela 100%* - pois todas as mercadorias são tributadas nas saídas.

Por fim, apurado o imposto (ICMS) nos termos descrito no parágrafo acima, a fiscalização, também, assertivamente, concedeu o crédito pelas entradas das mercadorias, em respeito ao princípio da não cumulatividade, obtendo, assim, o ICMS devido a ser pago, relativo às omissões de saídas tributadas nos termos do artigo 4º, § 4º, inciso VI, da Lei Estadual 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia.

Por tal omissão, a Fiscalização aplicou, assertivamente, a multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, tipificada no art. 42 inciso III, da Lei 7.014/96, decorrente de valores das operações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito ou débito, no caso em tela, o Contribuinte Autuado não informou à base de dado da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia quaisquer de suas operações de saídas de mercadorias tributadas nos anos de 2016, 2017 e 2018; e por conseguinte não recolheu qualquer valor de imposto (ICMS), neste mesmo período fiscalizado, aos cofres público do Estado da Bahia, quando suas Informações Cadastrais no Sistema INC (fl. 31) indicavam a forma de apuração do imposto o de conta corrente fiscal.

Como se observa da peça de defesa, não se ver qualquer arguição de mérito, do Contribuinte Autuado, exceto um pequeno destaque de que a autuação não descreve a base de cálculo do imposto, sem nenhum elemento probante acostado aos autos, o que, ao entender do defendente, impossibilitou por completo a defesa.

Não é o que observo dos autos. Como acima descrito os demonstrativos analíticos anexados aos autos, na forma impressa, às fls. 10 a 28 dos autos, foram elaborados de forma clara, objetiva e consistente, além de, em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante ter traçado todo um arrazoado de como procedeu a constituição do lançamento, acima discorrido, cujo teor fora dado ciência ao defendente, pôr Termo de Intimação (fl. 66), através de AR/Correios (fl. 67), com registro de entrega em 10/03/2023, que se manteve silente.

Há de ressaltar, então, que, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Ademais, nos termos do art. 143 do mesmo diploma legal a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, que assim não procedeu.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para

caracterizar a atuação, vejo restar subsistente o Auto de Infração nº 281317.0006/19-4, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

Saliento, ainda, que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, III, “f” da Lei nº 7.014/96 é a devida para a infração cometida.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

VOTO EM SEPARADO (EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS FISCAIS)

Acompanho integralmente o voto do ilustre Julgador, exceto em relação à aceitação da concessão dos créditos fiscais, pelas entradas das mercadorias, pois a infração sob análise se relaciona a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões e está fundamentada no § 4º do artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Portanto, trata-se de uma presunção legal, e no caso sob análise o sujeito passivo não declarou qualquer valor de vendas declarados pelas informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, portanto, não foram emitidos documentos fiscais, inexistindo previsão legal para concessão de qualquer crédito, mesmo porque inexistem nos autos provas de que o contribuinte não se apropriou dos referidos créditos anteriormente.

Em consequência, com a exclusão de ditos valores, apura-se valores superiores ao autuado. Como neste momento não se pode alterar o valor do lançamento fiscal, voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281317.0006/19-4**, lavrado contra **ADALCIR M BORGES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 691.112,91**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA / VOTO EM SEPARADO