

**A. I. Nº** - 088568.0032/22-3  
**AUTUADO** - ESQUINA SIMÕES FILHO COMERCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.  
**AUTUANTES** - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO, DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO e  
ANTÔNIO CESAR COSTA SOUZA  
**ORIGEM** - DAT METRO / INFAZ ATACADO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 14/05/2024

**3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0075-03/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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/débito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2022, refere-se à exigência de R\$ 155.713,91 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 005.008.001: 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, no período de fevereiro a dezembro de 2020.

Consta na descrição dos fatos: Empresa excluída do Simples Nacional pela SEFAZ, por ter excedido a Receita Bruta Acumulada, conforme Mensagem via DT-e. Auto de Infração desmembrado conforme art. 40 do RPAF-BA.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 24 a 35 do PAF. Alega ter constatado vícios insanáveis no presente lançamento, comenta sobre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, reproduz o art. 37 e ressalta que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que está se passando, possa saber se e quando o seu direito está sendo violado.

Transcreve o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), reproduz ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho e Hely Lopes Meireles. Diz que a Fiscalização não demonstrou de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ou seja, no caso concreto, a documentação relativa às informações divergentes das instituições financeiras, na qual supostamente haveria omissão de mercadoria tributável.

Alega que a forma como a Autoridade Administrativa realizou o lançamento não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram a exigência fiscal. Deveria a Fiscalização demonstrar cabalmente as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios de que justificassem a lavratura do Auto de Infração, fato este que não ocorreu.

Afirma que a exposição apresentada foi longa e necessária para demonstrar de forma clara que o Auto de Infração não pode subsistir, por consubstanciar desrespeito a regras basilares do ato jurídico administrativo e do nascimento do crédito tributária, devendo ser anulado em sua integralidade.

Em relação à multa aplicada, alega que tem caráter confiscatório. Diz que o confisco é genericamente vedado, a não ser nos casos expressos autorizados pelo constituinte e seu legislador complementar, devendo ser observado que não houve prática de ato que se amoldasse as hipóteses citadas.

Menciona o posicionamento da doutrina e diz que a própria Constituição Federal, no Capítulo “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, no art. 150, Inciso IV diz que “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco*”.

Cita o entendimento do STF e diz que o caráter confiscatório da multa está na total desproporção entre o valor da imposição e o valor do bem a ser tributado. Uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores, caracteriza, de fato, uma maneira de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco.

Conclui restar claro que a multa deve ser anulada, pois contrária aos limites constitucionais e legais.

Em relação à Taxa Selic, alega que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal.

Diz que a Lei Federal nº 9.065, de 20/06/1995, através de seu art. 13, substituiu os juros de mora até então incidentes sobre tributos federais, por justos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC.

Afirma que nos últimos anos, a taxa SELIC mensal tem sido sempre inferior a 1%. Entende que todas as normas que compõem taxa de juros superior à SELIC devam ser banidas do ordenamento jurídico.

Diante de todo exposto requer, seja declarado nulo o presente Auto de Infração, em razão de ofensa ao quanto determinado no art. 142 do CTN.

Se acaso subsistir a autuação, o que se cogita apenas para fins de argumentação, requer o reconhecimento de que as multas sejam consideradas nulas.

O Autuante Antônio Cesar Costa Souza presta informação fiscal às fls. 41 a 46 dos autos. Faz uma síntese das alegações defensivas e informa que o Auto de Infração foi desmembrado cumprindo o que determina o art. 40 do RPAF.

Informa que o Autuado foi indicado para fiscalização por ter sido excluído do Regime Especial de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, com fundamento no art. 3º, § 4º e art. 28 a 30 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, c/c art. 81, inciso II, alínea “e”, art. 83, inciso II e art. 84, Inciso III, alínea “a da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, tendo em vista o sócio (Humberto Silva Lima) participar com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar nº 123/2006, cuja receita global dos exercícios de 2018 e 2019 ultrapassou o limite estabelecido no inciso II do art. 3º, conforme Histórico do Simples Nacional, anexo.

Também informa que, excluído do Simples Nacional, a partir do exercício de 2019, o Autuado passou a ser obrigado a realizar apuração do imposto pelo Regime de Conta Corrente Fiscal. Por esse motivo, foi intimado para apresentar Escrituração Fiscal Digital (EFD) e demais obrigações previstas na legislação. Todos os demonstrativos constantes no presente processo foram elaborados com base nos documentos fiscais do Autuado, conforme se pode comprovar através das fotocópias dos Termos de Intimação e de Ciência via DT-e, anexos 05 a 13.

Diz que a cobrança do imposto correu após o não atendimento das intimações, principalmente pela não apresentação da EFD. Deste modo, foi efetuado levantamento de conta corrente fiscal e apuração do tributo devido, baseado nas compras e vendas de mercadorias existentes nos Sistemas da SEFAZ e informações fornecidas por Instituições Financeiras e Administradoras de

Cartão de Crédito. Também foi aplicada a multa por descumprimento de obrigações acessórias em outro Auto de Infração desmembrado, conforme art. 40 do RPAF, tendo como respaldo legal o RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012.

Esclarece que para instruir o processo foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas (fls. 14 a 17), tendo sido fornecido cópias dos citados demonstrativos e planilhas em meio magnético (CD-R), conforme declarado pelo Autuado à fl. 02 do Auto de Infração, tendo, o contribuinte, condição de se defender.

Em relação ao argumento de vícios insanáveis, alegado pelo Defendente, diz que a lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos demonstrativos e documentos fiscais constantes no processo.

Comenta sobre o enquadramento legal da infração apurada e afirma que estão presentes todos os pressupostos de validação do processo, tendo sido observadas as exigências regulamentares, notadamente o RPAF-BA/99, em seu art. 18, incisos I a IV.

Quanto ao caráter confiscatório da multa, afirma que a multa aplicada é prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, e conforme inciso I do art. 167 do RPAF-BA, não se incluem na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, não procedendo o pedido de redução ou cancelamento da multa, pois a mesma foi corretamente aplicada.

Acrescenta que a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória é de fundamental importância para a Administração Tributária, visando o controle da obrigação principal, ou seja, o pagamento do tributo.

Registra que a multa não é ilegal, encontra-se tipificada na Lei 7.014/96 e esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para apreciar alegação de inconstitucionalidade da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda.

Diz que em relação ao argumento defensivo de que foi ferido o princípio da não cumulatividade no presente auto de infração, informa que aplicou a proporcionalidade nas saídas, deduzido o imposto que foi recolhido. Demonstrativo à fl. 14.

Menciona o art. 8º, Inciso IV e § 1º do RPAF-BA. Pede a procedência total do presente Auto de Infração.

Essa 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à infaz de origem (fls. 54/55) para as seguintes providências:

O autuante: anexar o relatório diário de operações TEF, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito ou de débito, no período fiscalizado.

A repartição fiscal: intimar o autuado e fornecer, mediante recibo, o mencionado relatório diário de operações TEF, com a indicação do prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

O Autuante Antônio Cesar Costa Souza presta Informação Fiscal às fls. 58 a 64 do PAF. Faz uma síntese dos fatos, contesta as alegações defensivas e diz que, atendendo a determinação dessa 3ª Junta de Julgamento Fiscal, anexou ao presente processo CD com as informações diárias dos recebimentos por Administradora de Cartões (TEF), além da informação mensal que consolida as vendas diárias. Como a apuração do imposto devido é mensal e os valores consolidados são iguais, manteve o valor do tributo cobrado em sua integralidade.

Pede a procedência do presente Auto de Infração, afirmando que está conforme a legislação tributária em vigor, especialmente o RICMS-BA.

À fl. 66 o Defendente foi intimado com o envio de cópia do CD contendo os arquivos eletrônicos e a informação fiscal prestada pelo Autuante. No rodapé da intimação consta a informação: “*Este serviço permite ao sujeito passivo tributário exercer o direito de fazer a impugnação do Auto de*

*Infração no prazo de 60 (sessenta) dias contado da data da intimação*”. Concedido prazo, o Defendente não se manifestou.

## VOTO

O Defendente alegou que a Fiscalização não demonstrou de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ou seja, no caso concreto, a documentação relativa às informações divergentes das instituições financeiras, na qual supostamente haveria omissão de mercadoria tributável.

Disse que a forma como a Autoridade Administrativa realizou o lançamento não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram a exigência fiscal. Deveria a Fiscalização demonstrar cabalmente as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios de que justificassem a lavratura do Auto de Infração, fato este que não ocorreu.

Apresentou o entendimento de que o Auto de Infração não pode subsistir, por consubstanciar desrespeito às regras basilares do ato jurídico administrativo e do nascimento do crédito tributário, devendo ser anulado em sua integralidade.

Observe que não se constatou qualquer desobediência ao art. 142 do CTN, na medida em que a autuação foi efetuada com base em levantamento fiscal realizado por autoridade administrativa competente para tal, tendo sido identificados o sujeito passivo, o montante do tributo devido e a multa cabível.

O Autuado afirmou que a multa aplicada tem caráter confiscatório, e o confisco é genericamente vedado, a não ser nos casos expressos autorizados pelo constituinte e seu legislador complementar, devendo ser observado que não houve prática de ato que se amoldasse as hipóteses citadas.

Vale salientar que as multas e acréscimos tributários, são os decorrentes da autuação, e conforme estabelece o art. 39, V, “c” do RPAF/BA, o Auto de Infração deve conter a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Na presente autuação houve a indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos e da multa aplicada, inexistindo obrigatoriedade de indicação de correção monetária e juros, que são apurados no ato de quitação do débito, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Assim, quanto às preliminares de nulidade arguidas pelo Defendente, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, o Auto de Infração trata de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de fevereiro a dezembro de 2020.

Foram apuradas diferenças entre os valores das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e os valores informados pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, VII do art. 4º, da Lei 7.014/96, *in verbis*:

*Art. 4º*

...

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



...

*VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.*

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser totalmente 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.

O art. 35-A da Lei 7.014/96 estabelece que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Considerando que o comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado ao documento fiscal emitido pelo contribuinte, trata-se de exigência de vinculação do documento fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação, sendo realizado o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito.

Conforme levantamento efetuado à fl. 14, as diferenças foram apuradas no período fiscalizado, sendo aplicado o índice de proporcionalidade das mercadorias tributadas, constando no CD-R à fl. 65, o Relatório Diário Operações TEF, cópia fornecida ao defendente, conforme intimação à fl. 66 do PAF.

Para elidir a exigência fiscal bastava que o contribuinte comprovasse que em relação aos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito existem os respectivos documentos fiscais, o que possibilitaria a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados.

Se fosse comprovado que houve operações com cartão registradas como se fossem em dinheiro ou outro tipo de pagamento, os boletos e respectivos documentos fiscais, se apresentados, seriam objeto de exclusão no levantamento fiscal. Entretanto, tal comprovação não foi alegada nem acostada aos autos e não consta que foi apresentada quando da realização da ação fiscal.

Nesse tipo de levantamento fiscal não se compara o total das vendas realizadas com o montante das operações com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões.

O defendente não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, embora os elementos básicos do levantamento fiscal se encontrem indicados nos demonstrativos elaborados pelos autuantes e os valores históricos foram apurados forma compreensível.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, que foi contestada pelo Defendente, tal penalidade é legalmente prevista para a irregularidade apurada (art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96), e essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, não cabendo a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, relativamente à exigência do imposto, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem a matéria. Assim, concluo pela procedência desta autuação fiscal, acatando os demonstrativos elaborados pelos autuantes.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), e como já mencionado neste voto, não

cabe a este órgão julgador a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088568.0032/22-3**, lavrado contra **ESQUINA SIMÕES FILHO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 155.713,91**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2024

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA