

A. I. N° - 232856.0004/05-2
AUTUADO - HELEN CLAÇADOS LTDA.
AUTUANTE - FLÁVIO FRANCO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 19/10/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0376-03/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. 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 anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovado o recolhimento do imposto relativo ao mês 03/02. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 28/02/05 para exigir o ICMS, no valor de R\$13.603,69, acrescido das multas de 70% e 50%, em decorrência de:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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 (01/12/02 a 30/11/04) - R\$13.143,69.
02. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, relativo ao mês de março de 2002 - R\$460,00.

O autuado apresentou defesa (fls. 26 a 36), inicialmente suscitou a nulidade da autuação por a mesma está eivada de vícios e irregularidades que indicou:

- a) A data que se iniciou a fiscalização, nos termos do art. 28 do RPAF/BA.
- b) Ter sido desenquadrada do regime de Empresa de Pequeno Porte (Simbahia) para o regime Normal de apuração do ICMS, sem que fosse obedecido o devido processo legal.
- c) Ter sido lavrado por autoridade incompetente, tendo em vista que o autuante não está devidamente habilitado pelo Conselho Regional de Contabilidade (CRC). Transcreveu decisão prolatada pelo STF de nº RE 79149, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, quanto às atribuições privativas de Contadores para o exercício de auditoria pública do Estado.

No mérito, discorreu sobre o enquadramento da primeira infração e disse que a autuação tendo apurado a falta de recolhimento do ICMS em virtude da divergência entre os dados fornecidos pela Instituição Financeira Administradora de Cartão de Crédito e as operações de vendas registradas por meio de cartão, não houve a devida apreciação da matéria.

Afirma que existem uma infinidade de práticas comerciais e usualmente se debitam valores no cartão de crédito para trocos, empréstimos, ou se paga parte em cartão e parte em dinheiro ou cheque e que nem sempre os valores fornecidos pela empresa administradora do cartão correspondem a vendas efetivas de mercadorias.

Alega que as informações fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito não são consideradas como documentos fiscais e não se prestam como fonte de prova da ação fiscal, pois não são enquadradas como livros e escrituração obrigatória, sem respaldo em lei, o que fere o princípio da legalidade.

Ressalta que a autuação não discrimina mês a mês a quantia deixada de declarar pelo contribuinte e não se sabe, pela planilha apresentada, se os valores fornecidos pela empresa Administradora de Cartão de Crédito são relativos a todas operações de vendas o que daria vazão a um dupla tributação e dessa forma "a base de cálculo da infração nunca poderia ser o valor integral das entradas, e sim a diferença entre o valor declarado pelo contribuinte e o disponibilizado pelas referidas instituições".

Diz que não foi considerado no lançamento o regime de apuração do autuado em função dos benefícios fiscais que lhe são assegurados pela legislação tributária do ICMS.

Quanto à infração 02, alega que está se impondo duas cominações ao mesmo fato gerador. Diz que, tendo sido exigido ICMS na primeira infração a título de presunção de omissão de saída tributável, no seu entendimento a segunda infração está contida na primeira, tendo em vista que ao "deixar de recolher o ICMS nos prazos regulamentares foi o meio para sua realização".

Afirma que a multa de 70% é muito onerosa para o contribuinte, constitui um verdadeiro confisco, não guarda correlação com a nova realidade econômica, a exemplo de Lei nº 9.298/96 que estabelece multa 2% por inadimplemento e ainda que a mesma é impagável se analisado a capacidade de pagamento da empresa, que no momento passa por um processo de concordata preventiva.

Diz que, conforme disposto no art. 150, IV da CF/88, é vedada aplicação de multa confiscatória. Cita o entendimento do professor Sacha Calmon (fl. 35) e diz que não pode ser exigido pagamento integral do ICMS pelo fato de ter descumprido uma mera obrigação acessória que não teve como consequência o não pagamento do tributo.

Alega que não é legítima a sistemática de apuração do imposto adotada pelo autuante e com base no princípio da ampla defesa "requer a instalação de perícia contábil, na forma do art. 145 RPAF, Decreto 7.629, desde já indicando como assistente técnico o contabilista Sr. Jairo Anjos de Oliveira, inscrito no CRC/BA sob nº 11.998", tendo formulado diversos quesitos que espera serem respondidos na perícia requisitada.

Afirma que os vícios contidos na autuação são insanáveis e pede que a mesma seja julgada improcedente, tendo em vista que a pretensão fiscal não tem amparo de lei, primeiro por ter sido movida por agente incompetente e não habilitado e segundo por ausência de mérito, pois no seu entendimento não houve falta de recolhimento de ICMS, nem omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Por fim, pede que independente do resultado do julgamento, seja fixado a multa em 2% conforme previsto em lei e a improcedência da autuação.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 38 a 42), afirma que, quanto à alegação defensiva da falta do Termo de Início de Fiscalização, o mencionado Termo é dispensado, tendo em vista que conforme disposto no art. 28, II do RPAF/BA, a ação fiscal teve início a partir da intimação feita em 06/01/05 para apresentação de livros e documentos, cuja fotocópia acostou à fl. 43 do processo.

Afirma que o contribuinte foi desenhado de ofício do regime de Empresa de Pequeno Porte (Simbahia), por não preencher os requisitos necessários nos termos do art. 406A e 408L do RICMS/BA.

Alega que, ao contrário do que foi afirmado pelo autuado, têm competência para lavrar Auto de Infração, conforme disposto no art. 6º da Lei nº 8.210/02, são atribuições dos titulares dos cargos de Auditor Fiscal as prerrogativas privativas de lançamento de ofício de créditos tributários por meio de lavraturas de Auto de Infração.

No mérito, em relação à infração 01 diz que, o autuado não registrou qualquer venda através de cartão de crédito e débito no seu equipamento ECF e que diante dos demonstrativos de vendas fornecidos pelas empresas administradora de cartão de crédito, na sua defesa não apresentou qualquer justificativa para comprovar que tenha efetuado o lançamento daquelas operações.

Afirma que, não se justifica as alegações do autuado de que os valores debitados no cartão se referem a trocos, empréstimos, pagamento de parte de uma operação, etc.

Diz que, ao contrário do que foi afirmado pelo impugnante, o demonstrativo juntado ao Auto de Infração discrimina mês a mês os valores das vendas através de cartão e diariamente a vendas registradas no campo da Redução Z (Venda/Cartão).

Quanto ao cálculo do imposto, diz que conforme disposto no art. 915, V do RICMS/BA, a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave perde os benefícios fiscais do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS.

Quanto à infração 02, diz que não tendo recolhido o ICMS relativo ao mês de março/2002, o imposto exigido não configura bi-tributação.

Em relação ao percentual da multa de 70%, diz que a mesma é prevista na Lei nº 7.014/96 e é legal sua aplicação perante a infração apontada na autuação.

Por fim, diz que não tendo o autuado indicado qualquer incorreção no trabalho desenvolvido, mantém a ação fiscal integralmente.

Esta 3ª JJF converteu o processo em diligência (fl. 46) para que:

- 1) O autuante anexasse ao PAF uma cópia dos demonstrativos de todas as operações diárias informadas pelas empresas Administradoras de Cartão de Crédito ou Débito relativo ao estabelecimento autuado;
- 2) Fizesse entrega ao autuado, mediante recibo, de uma cópia do aludido demonstrativo e intimasse o mesmo a comprovar o pagamento do ICMS das operações informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito;
- 3) Concedesse prazo de trinta dias para apresentar nova defesa.

O autuante em atendimento a diligência, intimou o autuado (fl. 49), inclusive fornecendo cópia dos TEF diários informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito (fls. 57 a 489), tendo concedido prazo de trinta dias para apresentar nova defesa.

O autuado apresentou nova defesa (fls. 51 a 55), inicialmente discorreu sobre a primeira infração e disse que paira indício de irregularidade passível de se verificar a presunção da ilicitude que deve ser feito pela administração pública que é a autoridade competente para fazer o lançamento do crédito tributário.

Alega que a autoridade fazendária não pode exigir por intimação ao sujeito passivo a adoção de procedimentos para promover o lançamento do crédito tributário e que não havendo lançamento, também não há crédito tributário. Ressalta que a auditoria para lançamento de créditos tributários deve ser feita por profissionais competentes - contadores habilitados.

Afirma que a alíquota aplicada de 17%, bem como a multa de 70% refere-se a contribuinte normal e que desta forma foi desprezado o regime de apuração do Simbahia, visto que não ultrapassou o limite da receita bruta mensal de R\$360.000,00 previsto na lei.

Requer a realização de perícia, nos termos do art. 145 do RPAF/BA, tendo formulado diversos quesitos às fls. 54 a 55 que requer sejam respondidas pelo perito a ser designado.

Por fim, requer que a autuação seja julgada improcedente, ou que seja procedido uma revisão do lançamento através de uma Auditoria Contábil para sanar as dúvidas existentes.

O autuante tomou conhecimento da manifestação do autuado (fl. 56), mas não se pronunciou.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de perícia ou de diligência, com arrimo no art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por entender desnecessário, uma vez que considero suficiente para a formação da minha convicção os elementos contidos nos autos.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, pelo fato de que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, tendo em vista que nos termos do art. 28, II do RPAF/BA é dispensado a lavratura do citado termo quando for lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, o que efetivamente ocorreu conforme documento juntado à fl. 43, bem como constar no PAF à fl. 07.

Quanto ao pedido de nulidade formulado por ter sido desenquadrada do regime simplificado de apuração do imposto (Simbahia), sem que fosse obedecido o devido processo legal, verifico que, o desenquadramento do regime de apuração do imposto não se inclui nas situações que conduz à nulidade da autuação conforme disposto nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Quanto à nulidade pleiteada sob alegação de que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade incompetente, por não está devidamente habilitado pelo CRC, também não pode ser acatada tendo em vista que, conforme disposto no art. 6º, I da Lei nº 8.210/02 são prerrogativas dos auditores fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, a exigência de créditos tributários por meio de lançamento de ofício com a lavratura de Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito e o valor informado pelas operadoras de cartão de crédito, e também do imposto devido no mês de março de 2002.

Em relação à primeira infração, verifico que os demonstrativos elaborados pelo autuante e juntados às fls. 11 e 13 indicam que o autuado não registrou no período fiscalizado qualquer operação de venda através de cartão de crédito e débito no seu equipamento ECF.

O autuado alegou na sua defesa que se debitam diversos valores no cartão de crédito (trocos, empréstimos, pagamento parte em cartão e parte em dinheiro/cheque) e que as informações fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito não são documentos fiscais, além de não discriminar mês a mês a quantia deixada de declarar pelo contribuinte.

Com objetivo de sanear tais alegações defensivas, o presente processo foi convertido em diligência por esta 3ª JF, tendo sido entregue ao contribuinte cópia dos demonstrativos diários e por operação, com os valores de vendas realizadas por meio de cartões de crédito fornecidos pelas empresas administradoras de cartões de crédito. Diante dos citados demonstrativos (fls. 57 a 489), o autuado limitou-se apenas a contestar que não caberia a ele produzir qualquer informação e sim o autuante. Dessa forma, considero saneada a divergência alegada inicialmente pelo autuado de que os demonstrativos mensais apresentados pelo autuante, não lhe permitiam

fazer um confronto das vendas diárias com os documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento autuado, tendo em vista que de posse daqueles demonstrativos diários, poderia fazer prova de que as operações por ele praticada de vendas através de cartão de crédito, foram oferecidas à tributação. Portanto, não pode ser acatados os argumentos defensivos de que os valores debitados no cartão se referem a trocos, empréstimos, pagamento de parte de operações, etc.

Considero correta a alegação defensiva de que na constituição da base de cálculo do imposto a ser exigido deve se considerar a “diferença entre o valor declarado pelo contribuinte e o disponibilizado pelas referidas instituições”. Ocorre que, na situação em pauta, tendo sido exigido o imposto com base nos valores fornecidos pelas empresas administradoras de cartão, o autuado não registrou nenhum recebimento de vendas através de cartão, sendo facultado ao contribuinte provar a ilegitimidade da presunção (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), o que não ocorreu na defesa apresentada inicial e no momento da segunda defesa apresentada em atendimento a diligência requisitada por esta JJF. Portanto, é legal o procedimento fiscal, uma vez que não foram apresentadas provas da improcedência da presunção legal.

Quanto à alegação defensiva de que, não foi considerado no lançamento o regime de apuração do autuado em função dos benefícios fiscais que lhe são assegurados pela legislação tributária do ICMS, verifico que tal situação é prevista no art. 15, V da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 7.556/02, quando o contribuinte inscrito no Simbahia incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente perde os benefícios fiscais do tratamento tributário previstos no regime simplificado de apuração do ICMS.

Constato que na planilha elaborada pelo autuante e juntada à fl. 12, foram deduzidos os créditos presumidos de 8% conforme previsto na citada Lei, em relação ao período de janeiro a março de 2003, tendo em vista que em consulta formulada ao banco de dados da SEFAZ (Informações do Contribuinte-INC), constatei que o autuado foi desenhado como EPP a partir do mês de abril/03. Entretanto, deve ser excluído o valor de R\$673,68 exigido, relativo aos fatos geradores do mês de dezembro/02, haja vista que a presunção legal que ora se aplica somente foi introduzida na Lei 7.014/96 a partir de 28/12/2002, por meio da Lei 8.542/2002

No período de maio a novembro/03, tendo o autuado passado para o regime normal de apuração do ICMS, não há crédito fiscal a ser deduzido do valor apurado.

Assim, fica alterado o ICMS a ser exigido, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Débito
31/01/03	09/02/03	1.409,59	17	70%	239,63
28/02/03	09/03/03	1.329,65	17	70%	226,04
31/03/03	09/04/03	1.050,29	17	70%	178,55
30/04/03	09/05/03	2.026,52	17	70%	344,51
31/05/03	09/06/03	2.906,65	17	70%	494,13
30/06/03	09/07/03	6.609,53	17	70%	1.123,62
31/07/03	09/08/03	3.617,00	17	70%	614,89
30/08/03	09/09/03	3.137,65	17	70%	533,4
30/09/03	09/10/03	3.249,00	17	70%	552,33
31/10/03	09/11/03	4.583,82	17	70%	779,25
30/11/03	09/12/03	2.948,71	17	70%	501,28
30/12/03	09/01/04	6.629,24	17	70%	1.126,97
31/01/04	09/02/04	2.124,59	17	70%	361,18
28/02/04	09/03/04	11,00	17	70%	1,87
31/03/04	09/04/04	160,29	17	70%	27,25
30/04/04	09/05/04	2.465,71	17	70%	419,17
31/05/04	09/06/04	3.697,41	17	70%	628,56

30/06/04	09/07/04	7.149,00	17	70%	1.215,33
31/07/04	09/08/04	2.923,82	17	70%	497,05
30/08/04	09/09/04	3.702,24	17	70%	629,38
30/09/04	09/10/04	3.183,88	17	70%	541,26
31/10/04	09/11/04	4.068,53	17	70%	691,65
30/11/04	09/12/04	4.368,88	17	70%	742,71
Total					12.470,01

Quanto à infração 02, o autuado alegou que tendo sido exigido ICMS na primeira infração a título de presunção de omissão de saída tributável, que a segunda infração relativa à falta de recolhimento do ICMS mensal estaria contida na primeira infração.

Verifico que, o imposto exigido na primeira infração trata de operações de vendas omitidas, cujos valores não foram oferecidos à tributação no período de dezembro/02 a novembro/04. Já a segunda infração trata do imposto incidente sobre as operações regularmente oferecidas à tributação e não recolhido no prazo legal, relativo ao mês de março/02, que se trata de outro período de apuração do imposto. Na consulta formulada ao banco de dados da SEFAZ, não consta recolhimento referente ao mês 03/2002 com o código de receita 1844. Observo que o autuado não comprovou o recolhimento do imposto relativo àquele mês.

Dessa forma, não acato tal alegação haja vista que, não há nenhuma correlação entre os fatos geradores da primeira e segunda infração, devendo ser mantido o valor original exigido.

Constato que no Auto de Infração foi indicado o enquadramento da multa referente à infração 02, como sendo o art. 42, III da Lei 7.014/96, ficando retificado o citado enquadramento para o art. 42, I, "b", item 3, da citada Lei.

O autuado pediu que a multa aplicada na primeira infração fosse reduzida ou dispensada sob à alegação de que o percentual de 70% é abusivo e não guarda correlação com a nova realidade econômica, a exemplo de Lei 9.298/96 que estabelece multa 2% por inadimplemento. Ocorre que a multa aplicada à infração descrita no Auto de Infração tem previsão na Lei 7.014/96 (art. 42, III), e este órgão julgador não têm competência para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa decorrente de obrigação principal. Essa competência é exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232856.0004/05-2**, lavrado contra **HELEN CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.930,01**, acrescido da multa de 70% sobre R\$12.470,01 e 50% sobre R\$460,00 previstas no art. 42, I, "b-3" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR – JULGADORA