

A. I. N° - 146547.0008/07-0
AUTUADO - NELSON CORNÉLIO TUBINO
AUTUANTE - OLGA MARIA COSTA RABELLO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 18.12.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0372-04/07

EMENTA: ICMS. 1. MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. 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. Infração mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. O recolhimento do imposto em questão deve ser efetuado na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, em face do contribuinte não ser credenciado para pagamento em momento posterior. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/08/2007, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 17.136,79, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo (s) regulamentar (es), na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). (Valor histórico: R\$ 3.240,00; percentual da multa aplicada: 50%).
2. 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. (Valor histórico: R\$ 12.117,13; percentual da multa aplicada: 70%).
3. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. (Valor histórico: R\$ 1.779,66; percentual da multa aplicada: 50%).

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 231 a 240, com base nas seguintes alegações:

Preliminarmente, declara reconhecer a procedência da infração 01 e que não efetuou ainda o recolhimento devido a dificuldades financeiras.

A respeito da infração 02, argüi sua nulidade sob a justificativa de que o autuante não especificou se a empresa omitiu saídas de mercadorias por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito “ou” de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, em violação ao inciso LV do artigo 5º da

Constituição Federal, já que a acusação deveria ter sido certa e determinada para que fosse respeitado o direito de defesa da empresa, ressaltando que, em casos de incertezas, deve prevalecer o interesse do contribuinte, conforme teor dos incisos I a IV do artigo 112 do CTN.

Aduz que também prejudicou sua defesa o fato do autuante não ter juntado ao presente PAF os extratos analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, por instituição financeira, operação por operação.

No mérito, levanta a tese de que a presente autuação teve como lastro uma prova ilícita, qual seja, a quebra do sigilo bancário da empresa sem sua permissão ou autorização judicial, salientando que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador do ICMS por se tratar de mera movimentação de recursos em conta corrente e não de circulação de mercadorias.

Ademais, argüi a inconstitucionalidade da infração 03 por transgressão ao comando do artigo 179 da Carta Magna.

Com fundamento nas alegações acima, requer seja o presente Auto de Infração julgado improcedente.

O autuante presta informação fiscal à fl. 243, nos seguintes termos:

Com relação à infração 02, afirma que às fls. 34 a 107 do presente PAF encontram-se listadas as operações de compras diárias com cartões de crédito/débito, tendo sido entregue à empresa as respectivas cópias e apurada a diferença omitida nas saídas de mercadorias mediante o confronto com o total de vendas às fls. 15 a 32.

Quanto à infração 03, alega que o autuado não comprovou o recolhimento do ICMS antecipação parcial.

Ante o exposto, opina pela manutenção da presente autuação.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, tendo o contribuinte recebido, o Relatório de Informações TEF, que se encontra às fls. 34 a 107 do PAF, referente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006, o que derruba o argumento da defesa de que “o auditor não juntou aos autos do PAF OS EXTRATOS ANALÍTICOS DIÁRIOS COM REGISTROS INDIVIDUAIS DOS VALORES DE CADA PAGAMENTO EM CARTÃO, POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, OPERAÇÃO POR OPERAÇÃO, PARA QUE O DEFENDENTE PUDESSE FAZER O COTEJAMENTO COM OS SEUS BOLETOS.”

No mérito, o contribuinte reconheceu o cometimento da infração 01, o que a retira da apreciação deste CONSEF.

Quanto à infração 02, exige-se ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, no exercício de 2006.

A planilha de apuração mensal encontra-se à fl. 15, onde consta o crédito presumido de 8%, por ser o contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do imposto, SIMBAHIA, em conformidade com o art. 408-S do RICMS/97.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a

presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

A verificação fiscal ocorreu do confronto entre as vendas registradas nas Reduções Z do ECF, e as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, e somente através destes dados é que o contribuinte poderia elidir a autuação fiscal, o que não o fez. Ao contrário, apresentou uma defesa genérica, na qual nega o cometimento da infração, suscitando a ilicitude da prova conseguida através das administradoras de cartões de crédito, sob o ensejo de quebra de sigilo bancário.

Cabe destacar que questões relativas à inconstitucionalidade de lei ou de ato normativa estão fora da apreciação deste órgão julgador, consoante art. 167, I do RPAF/99.

Cabe ressaltar que as vendas efetuadas através de notas fiscais também foram consideradas pelo autuante, como vendas realizadas através de cartão de crédito/débito, o que beneficiou o sujeito passivo.

Diante das sucintas alegações da defesa, desacompanhadas de qualquer documento capaz de elidir a autuação, aplico a norma contida no art. 123 do RPAF/99: “É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 dias, contado da intimação”, diante da constatação de que o sujeito passivo apresentou uma defesa genérica sem adentrar no mérito da autuação.

Pelo exposto restou comprovado que os valores constantes da redução Z, relativos às vendas por meio de cartão, são inferiores aos valores que o contribuinte afirmou que efetuara, não tendo comprovado que tinha documentos fiscais correspondentes às diferenças apontadas pela fiscalização. Caberia à defesa juntar os documentos fiscais relativos a todas as operações efetuadas, o que não o fez.

Assim, não há parâmetros seguros para atestar que as vendas com cartões de crédito teriam sido integralmente contabilizadas e fornecidas à tributação, mesmo porque as vendas constantes na Redução Z foram apuradas pelo autuante, e confrontadas com as vendas com cartões informadas pelas administradoras, do que resultou a diferença de ICMS ora exigida, estando tal procedimento de auditoria amparado na Lei nº 7.014/96.

Cabe a aplicação do art. 143 do RPAF/99: “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Infração mantida.

Na infração 03 está sendo exigida a antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, previsto no art. 352-A do RICMS/97.

A tese da defesa prende-se à alegação de que a exigência fiscal é “inconstitucional, cruel e descabida”, apenando os pequenos e médios empresários da Bahia, impondo carga tributária mais elevada que aqueles que recolhem o imposto pelo regime normal de apuração.

Quanto à alegação da invalidade da lei estadual sobre antecipação do ICMS, por maioria, os ministros do STF (Supremo Tribunal Federal) negaram a anulação do art. 12-A da Lei nº 8.967/03, que impõe a antecipação parcial do ICMS às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independente do regime de apuração adotado pela empresa.

A Confederação Nacional do Comércio impetrou a ADIN nº 3426, sob a alegação de que os dispositivos contidos na Lei 8.967/03, do Estado da Bahia, afrontavam dispositivos constitucionais por discriminar mercadorias em razão de sua procedência e limitar a sua livre circulação, atentando ainda para os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Outro argumento rechaçado pela Corte Maior, foi de que o Estado membro não teria competência para legislar sobre comércio interestadual e estabelecer alíquotas, pois com base no Parecer da Procuradoria Geral da República, foi dito que a Constituição Federal estabelece no artigo 155, inciso II, a competência dos Estados – membros para disciplinar e cobrar o ICMS. Além disso, a antecipação parcial está expressamente autorizada na Constituição Federal, no artigo 150, § 7º, concluindo o relator, ministro Sepúlveda Pertence que “o Estado pode cobrar o recolhimento antecipado do tributo antes mesmo da ocorrência do fato gerador daqueles que irão comercializar o produto. Dessa forma observa-se a ocorrência da substituição tributária, fenômeno aceito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

“O cerne da questão é a fixação da entrada da mercadoria no território do estado como o momento para o recolhimento do ICMS, ocorrendo a antecipação de parte do valor devido”, avaliou o ministro. Ele ressaltou que os estados detêm competência legislativa plena para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

Também foi firmado o entendimento de que não houve lesão aos artigos 22, inciso VIII e 155, § 2º, inciso VI da CF, pois não houve invasão da competência legislativa da União de legislar sobre comércio, como também não houve desrespeito à competência do Senado Federal, competente para estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais.

A planilha de fls. 108 a 112 discrimina as notas fiscais e os valores apurados como base de cálculo para a infração denotando o recolhimento a menos que o devido na antecipação parcial do ICMS, no período fiscalizado, exercício de 2005 e de 2006, sendo que as vias das notas fiscais encontram-se nas fls. 113 a 228 do PAF.

Infração mantida.

Ante o exposto, 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 **146547.0008/07-0**, lavrado contra **NELSON CORNÉLIO TUBINO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 17.136,79**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 5.019,66 e de 70% sobre R\$ 12.117,13, previstas no art. 42, I, “b”, 1 e 3 III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR